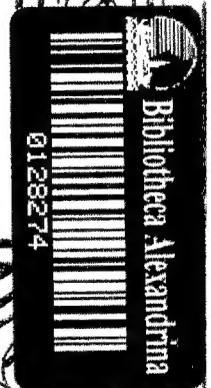


جَوَاهِرُ الْإِسْلَامِ
فِي شَرْحِ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ

تأليف
الشيخ محمد حسن النجفي

دار إحياء التراث العربي
بيروت







بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ السبب الرابع ﴾

﴿ استيفاء العدد ، وهو قسمان ﴾

﴿ الاول ﴾

﴿ إذا استكمل العهر^١ أربعاً بالعقد الدائم حرم عليه ﴾ مع وجود الاربعة عنده نكاح ﴿ ما زاد غبطة ﴾ أى دواماً إجماعاً من المسلمين بل ضرورة من الدين ، وما عن طائفة من الزيدية من جواز نكاح تسع لم يثبت ، بل المحكى عن مشائخهم البراءة من ذلك ، نعم قد اختص النسبى عليه السلام بنكاح الأزيد من ذلك ، وهل كان يجوز له أزيد من التسع الذى مات عنهن^٢ أو لا يجوز ؟ فيه بحث ، لكنه قليل الجدوى ، و على كل حال فالأصل فيه قوله تعالى (١) : ^{وإن خفتن}

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٣ .

ألا تفسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، بناءً على ما عرفته سابقاً من أن الأمر فيها للإباحة، ومقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحریم ما زاد عليها، إذ لو كان مباحاً لما خص الجواز بها، لمناقاة الامتنان وقصد التوسيع على العباد، ولأن مفهوم إباحة الأربع حصص مادون الأربع أو ما زاد عليها، والأول باطل بتجوز الثلاث فيها صريحاً، فتعين الثاني.

بل يمكن أن يكون المراد منها إن خفتم أن لا تفسطوا في اليتامى بالاتفاق من أموالهم التي في أيديكم التي جواز الله لوليهم الاتفاق منها بالمعروف فاقصروا على نكاح ما طاب لكم، وحل وساغ من العدد أعني مثنى وثلاث ورباع إلى أن قال: «ذلك أدنى ألا تعولوا»، فيستفاد منها حينئذ انحصار الحل في العدد المزبور، ولذا أمر رسول الله ﷺ قيس بن الحرث عند نزول الآية وكان تحتة ثمانية أن يطلق أربعاً ويمسك أربعاً قال: «فجعلت أقول للمعترضة التي لم تلد: يا فلانة أديري، والتي قد ولدت: يا فلانة أقبلي» (١) فمن الغريب دعوى بعض الناس عدم دلالة الآية على تحریم ما زاد، وإنما استفيد من دليل آخر.

ثم إن هذه الألفاظ الفاظ معدولة عن أعداد مكررة هي ثنتين ثنتين، وثلاث ثلاث، وأربع أربع، وهي غير منصرفة للعدل والصفة، فإنها بينت صفات وإن كانت أصولها لم تبين لها، وقيل عدم انصرافها لتكرير العدل عدلها عن صيغها وعدلها عن تكررها، أي أن الأصل كان اثنين اثنين مثلاً فغير اللفظ إلى مثنى، وعدل بها عن التكرير، فصار بها عدلان لفظي ومعنوي، ونصبها على البدلية من المفعول، أو على الحال من فاعل طاب، ومعنى الحالية فيها مثلها في قولك: «جئت فارساً وراجلاً وحافياً وناعلاً» تريد أنك جئت في كل حال من هذه الأحوال لا أنك جئت في حال ثبوت جميعها، وكذا الحال في الآية، فإن المراد جواز النكاح في كل حال من الأحوال الثلاثة دون مجموعها، وإلا لزم نكاح التسع.

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٣ مع اختلاف يسير، وفيه أنه أسلم وعنده ثمان نسوة.

والیه يرجع ما عن الكشف من تقدير الحال المذكورة ، فانكحوا الفتيات معدودات ، هذا العدد ثنتين ثنتين ، و ثلاثاً ثلاثاً و أربعاً أربعاً ، و على كل حال فمقتضى العطف بالواو جمع المتعاطفة في الجواز ، لا جواز الجمع بينها فلا يلزم نكاح التسع ، بل قيل معنى الآية الاذن لكل ناكح يريد الجمع أن ينكح ما شاء من العدد المذكور متفقين فيه و مختلفين ، كقولك : « اقتسموا هذه البكرة درهمين درهمين و ثلاثة ثلاثة » ولو أفردت كان المعنى تجويز الجمع بين هذه الأعداد دون التوزيع ، ولو ذكرت بأو لذهب تجويز الاختلاف في العدد وإن كان لا يخلو من نظر ، لما عرفت من أن الجمع بالحكم لا يقتضي الحكم بالجمع ، فلا يلزم من الأفراد تجويز الجمع بين الأعداد ، ولأن تجويز الأعداد لجماعة المخاطبين بمعنى تجويزه ، لكل واحد منهم لا للمجموع من حيث الاجماع ، فالتخيير الكدى يقتضيه العطف بأو لو كان يكون لكل ناكح يريد الجمع ، فلو اختلفوا لم يفعلوا إلا ما هو انجائز كما لو اتفقوا ، فلا يلزم أن يذهب تجويز الاختلاف على تقديره .

نعم يمكن أن يقال : إن العطف بالواو للدلالة على جواز كل من الأعداد لكل جامع أو يريد للمجمع ، فيجوز الأربع لواحد الثلاث بالتكميل ، وكذا الثنتان بالنقص ، ولو عطف بأو لذهب التجويز في حق الجامع ، لأنه قد استوفي العدد المباح له ، فلا يجوز له غيره على ما يقتضيه التخيير .

وكيف كان فالغرض دلالة الآية على المطلوب من دون حاجة الى جعل الواو فيها بمعنى أو كما في جامع المقاصد والمساكت ، معكّلين ذلك بأنها لو بقيت على معناها اقتضت الآية جواز نكاح الثمانية عشر .

و فيه أو لا أن منى مثلاً بمنزلة اثنين اثنين ذكرراً ، و هو أعم من كونه اثنين و اثنين على جهة التباين ، و لذا قال بعضهم إنه يلزم نكاح التسع لا الثمانية عشر ، و ثانياً أن إباحة هذه المراتب من الأعداد من حيث كونها أعداداً لا يقتضي جواز الجمع على الوجه المزبور ، ضرورة عدم كون المراد من إباحة الثلاثة مثلاً أنها أفراد غير الاثنين والأربعة غير الثلاثة ، بل قد عرفت أن الواو تقتضي الجمع

في الحكم الذي هو الاباحة لا الحكم بالجمع كما هو واضح ، والأمر سهل بعد
 ضرورة أصل الحكم الذي لا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة ، ولذا قال رسول الله
 صلى الله عليه وآله لغيلان بن سلمة لما أسلم ونحته عشرين سنة : « أمسك أربعاً وفارق
 سائرهن » (١) بل هو مقتضى قول الصادق عليه السلام في صحيح زرارة (٢) : « لا يجمع
 ماء في خمس » .

﴿و﴾ كذا ﴿لا يحل﴾ له ﴿أي الحر﴾ من الاماء بالعقد الدائم ﴿أكثر
 من اثنتين﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وقد يستفاد ذلك من
 خبر أبي بصير (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن
 يتزوج عليها يهودية ، فقال : إن أهل الكتاب مما يليك الامام ، وذلك موسع منّا
 عليكم خاصة ، فلا بأس أن يتزوج . قلت : فانه يتزوج عليها أمة ، قال : لا يصلح
 أن يتزوج ثلاث إماء » الحديث بل في خبر عباد بن صهيب (٤) عن الصادق عليه السلام
 « ولا يحل له من الاماء إلا واحدة » بل قد عرفت فيما مضى أن المختار عدم جواز
 نكاح الأمة إلا بالشرطين ، ومن هنا قال في المسالك : « هذا كله على القول
 بجواز نكاح الأمة اختياريّاً ، أما عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثانية ،
 وإن كان قد عرفت ما فيه سابقاً من إمكان فرض تحقق الشرطين مع نكاح
 الأمة لعدم رفع العنت بها وغيره ، بل لولا الاجماع لأمكن فرضهما مع اثنتين
 أيضاً .

و على كل حال فحيث ينكح اثنتين فهما محسوبان عليه ﴿من جملة
 الأربع﴾ لا أنهما معاً بمنزلة حرّة ، لا طلاق الأدلة ، فلا يجوز له حينئذ الجمع
 بين ثلاث حرائر وأمتين فضلاً عن حرتين وثلاث إماء أو أربع كما هو واضح .
 ﴿و إذا استكمل العبد أربعاً من الاماء أو حرتين أو حرّة وأمتين حرم عليه

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨١ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب استيفاء العدد الحديث ١-٢ .

(٣) المستدرک الباب ٤١- من أبواب ما يحرم بالمعاصرة الحديث ١ .

ما زاد ﴿ إجماعاً منّا بقسميه ، وصوصاً كادت تكون متواترة ، ففى صحيح ابن مسلم (١) عن أحدهما عليه السلام « سألته عن العبد يتزوج أربع حرائر ، قال : لا ، ولكن يتزوج حرتين ، وإن شاء تزوج أربع إماء » وفى خبر الصيقل (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام « سألته عن المملوك ما يحل له من النساء ، فقال : حرتان أو أربع إماء » وفى خبر زرارة (٣) عن أحدهما عليه السلام « سألته عن المملوك كم يحل له أن يتزوج ؟ قال : حرتان أو أربع إماء » وفى خبره الآخر (٤) عن أبى جعفر عليه السلام « لا يجمع من النساء أكثر من الحرتين » ولا ينافى ذلك ما فى خبر الكنائى (٥) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك كم يحل له من النساء ؟ قال : امرأتان » وكذا خبر سماعة (٦) بل فى خبر زرارة (٧) عن أبى جعفر عليه السلام « لا يجمع المملوك من النساء أكثر من امرأتين » وخبر الفضيل (٨) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن المملوك كم يحل له من النساء ، فقال : لا يحل إلا ثنتين » بعد موافقتها لما تسمعه من العامة ، وإمكان إرادة الحرائر من ذلك .

نعم قد يقال : إنّه لا دلالة فى شيء منها على جواز حرّة وأعتين الذى ذكره المصنّف وغيره ، و دعوى إمكان استفادة تنزيل الحرّة بالنسبة الى العبد منزلة الأمتين و تنزيل الأمتين للحرّة منزلة الحرّة يدفعها منع دلالة النصوص على ذلك ، وإن اشتملت على بعض ما ينطبق على ذلك لكنه لا يستفاد منها على وجه التعميم بعد حرمة القياس و استنباط العلّة والسير و نحو ذلك عندنا ، على أنّه إن تمّ فى العبد فلا يتمّ فى الحرّة لما عرفت من عدم جواز ثلاث حرائر و أمتين للحرّة و حرتين وثلاث إماء و نحو ذلك ممّا لا يطابق ما عرفت .

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٨ - من أبواب استيفاء العدد الحديث ١ - ٢ - ٣ .

(٣ و ٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب ٢٢ - من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث

٢ - ٢ - ٤ - ٥ .

(٨) الوسائل الباب ٢٢ - من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث ٣ عن محمد بن

الفضيل .

نعم قد يقال بإمكان الاستدلال على جوازه بمادل على جواز الحرّين للعبد (١) القاضى بجواز الحرّة له قطعاً وجواز الأربعة (٢) القاضى بجواز مادون ذلك له، وأن الأدلة أقصى مادلت عليه المنع من الزيادة على الحرّتين والزيادة على الأربعة إماء بمعنى إن تزوج حرّاً فلا يزيد على حرّين، وإن تزوج إماء فلا يزيد على أربع، وأما صور الخلط فليس في شيء من الأدلة التعرّض الى منعه، فيبقى على أصل الجواز وعلى فحوى دليل كل من الصنفين، وفيه أن مقتضى ذلك جواز الحرّة وثلاث إماء، بل جواز الحرّتين وأربع إماء، ودعوى استفادة المنع فيه من دليل آخر كما ترى، فالأوجه أن يقال: إن دليله بعد الاجماع بقسميه عليه وعدم صدق الزيادة على أربع منه ما في الفقيه، فانه بعد أن روى عن حماد بن عيسى (٣) « أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام كم يتزوج العبد؟ قال: قال أبى عليه السلام: قال علي عليه السلام: لا يزيد على امرأتين » قال: وفي حديث آخر (٤) « يتزوج العبد حرّتين، أو أربع إماء، أو أمتين وحرّة » مؤيداً بإمكان دعوى ظهور نصوص العبد خاصّة في تنزيل الحرّة بالنسبة اليه منزلة الأمتين، فالعدد الممنوع منه الزيادة على أربع إماء حقيقة أو حكماً، والأمتان والحرّة بمنزلة الأربع حكماً، فلا زيادة فيه، فلا منع، والأمر سهل بعد وضوح الحكم عندنا بخلاف غيرنا، فعن الأكثر أنه لا يتجاوز اثنتين مطلقاً على النصف من الحرّ وعن بعض أن له أربعاً مطلقاً كالحرّ، وإجماع الفرقة المحققة ونصوصها على خلافهم.

وعلى كل حال فقد ذكر غير واحد من الأصحاب أن الأمة المبيعة كالأمة في حق الحرّ، والحرّة في حق العبد، والمبيعت كالحرّ في حق الأماء، فلا يتجاوز أمتين، واللعبد في حق الحرّاء، فلا يتجاوز حرّتين تغليباً لجانب الحرّة في الجامع للوصفين، ولا ريب في أنه أحوط وإن كان لا يخلو من بحث إن لم يكن إجماعاً،

(٢٥١) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢٥١ .

(٣) الوسائل الباب -٨- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٣ .

(٤) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١٠ .

خصوصاً في التبعيض اللاحق في التزويج الذي قد يتعارض فيه الاحتياط ، فتأمل جيداً والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لكل﴾ منهما أن ينكح بالعقد المنقطع ماشاء ﴿﴾
بلا خلاف معتد به فيه بيننا ، لظهور الآية (١) في فكاح الدوام بقرائنه فيها ،
و استفاضة النصوص (٢) وتواترها في ذلك ، نعم في خبر البزطي (٣) عن الرضا عليه السلام
قال : « قال أبو جعفر عليه السلام : اجملوهن من الأربع ، فقال له صفوان بن يحيى :
على الاحتياط ، قال : نعم ، وفي خبره الآخر (٤) عن أبي الحسن عليه السلام أيضاً « سألته
عن الرجل يكون عنده المرأة أيحل له أن يتزوج بأختها متعة ؟ قال : لا ، قلت :
حكى زارة عن أبي جعفر عليه السلام إنما هي مثل الاماء يتزوج ماشاء ، قال : لا هي
من الأربع ، وخبر الساباطي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « عن المتعة ، قال : هي أحد
الأربعة » و من المعلوم إرادة جعلها من الأربع حذراً من إطلاع المخالفين ، كما
أدماً إليه الخبر الأول بذكر الاحتياط الذي لا يتصور من الامام عليه السلام الأمر به
بالنسبة إلى الحكم ، على أنها في مقابلة حاجاء في الجواز كالعدم .

فمن الغريب ما عن ابن حمزة من أنها إحدى الأربع ، وأغرب منه ميله
في المسالك إلى ذلك ، مناقشاً في أسانيد بعض روايات الجواز ، حاكياً عن المختلف أنه
اقتصر في الحكم على مجرد الشهرة ولم يصرح بمختاره ، قال : « و عذره واضح ،
ودعوي الاجماع في ذلك غير سديد » قلت : لا بأس بدعوى ضرورة المذهب على ذلك
فضلاً عن الاجماع ، والنصوص - بعد استفاضتها و تعاضدها و اشتغالها على ضروب
من الدلالة والتعليلات و اعتضادها بمثل هذا العمل - لا ينظر إلى أسنادها ، كما
لا يخفى على من له أدنى خبرة بأصول المذهب وقواعده ، والله العالم .

﴿و كذا﴾ لكل منهما أن ينكح ﴿ بملك اليمين ﴾ ماشاء بلا خلاف فيه
بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، بل لعله من ضروريات الدين ، نعم قد تقدم

(١) سورة النساء : ٣ - الآية ٣ .

(٢) (٥٣٣ و ٥٣٤) الوسائل الباب ٤ - من أبواب المتعة الحديث ٩٠ - ٩١ - ١٠ .

سابقاً البحث في ملك العبد وعدمه ، لكن قد استفاضت النصوص (١) هنا بأنه لا بأس في إذن الطولي لعبده بأن يتسرى ما شاء ويشترى ما يشاء من الجوارى وبطأهن ، والمراد منها التحليل له ، ومنه يعلم أنه لا بأس بالوطء بالتحليل لغيره ما شاء أيضاً ، مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه ، سواء قلنا إنه إباحة أو تمليك ، ضرورة عدم تناول ما دل على النهي عن الأربع له بعد ظهوره في نكاح الدوام كما هو واضح ، والله العالم .

﴿مسألتان﴾ :

﴿الاولى﴾

﴿إذا طلق واحدة من الأربع ، حرم عليه العقد على غيرها حتى تنقضي عدتها إن كان الطلاق رجعياً﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، لأنها بحكم الزوجة نصاً (٢) وفتوى الذي منه ذلك ، بل ظاهرهما أنها كذلك ﴿وإن التزم بعدم الرجوع بملزم شرعي ، فإنه لا يخرجها عن حكم المطلقة رجعياً التي هي بحكم الزوجة ، نعم﴾ لو كان الطلاق بائناً جاز له العقد على الأخرى في الحال ﴿لخروجها عن الزوجية بالطلاق، وعدم ما يدل على أنها بحكمها في العدة، فلا جمع حينئذ بين خمس، فيشملة حينئذ دليل الإباحة﴾ وكذا القول في نكاح أخت الزوجة ﴿مع البينونة إلا أنه﴾ على كراهة مع البينونة ﴿لبقاء عصمة النكاح في الجملة ، ولصحيح زرارة (٣) المبحول على ذلك عن الصادق عليه السلام﴾ إذا جمع الرجل

(١) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب -١- من أبواب أقسام الطلاق والباب -١٣- منها الحديث ٦

والباب -٢٠- منها الحديث ١١ والباب -٢١ و٢٠ و٢١٨- من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ١ .

أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلقت ،
 أو على الرّجعى ، و بمعناه غيره من النصوص (١) المستفيضة ، لكن في كشف اللثام
 عن ظاهر التهذيب الحرمة ، قال : « وهو ظاهر الأخبار » وفي المسالك « في الحمل نظر
 من حيث عدم المعارض ، نعم ورد التفصيل في الأخت في روايات : منها حسنة الحلبي (٢)
 عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرّجل طلق امرأته أو اختلعت منه أبواباً أنه أن يتزوج
 أختها ؟ فقال : إذا برأ عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله أن ينخلع أختها ،
 قلت : قد يستفاد ذلك من هذه الرواية ، ضرورة ظهورها في أن المدار على الإبراء
 من العصمة بعدم ملك الرجعة ، فهو حينئذ كالتعليل الذي لا يخص الأخت ولو بقرينة
 فتوى الأصحاب مع ذلك .

بل يمكن أن يكون في النصوص إشارة إلى ذلك أيضاً بجعل العدة له ،
 ففي الموثق (٣) أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام « عن رجل جمع أربع نسوة فطلق واحدة
 فهل يحل له أن يتزوج أخرى مكان التي طلق ؟ قال : لا يحل له أن يتزوج
 أخرى حتى يعتدّ مثل عدتها » بل في خبرهم الآخر (٤) أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام
 « عن الرّجل يكون له أربع نسوة فتموت إحداهن هل يحل له أن يتزوج أخرى
 مكانها ؟ قال : لا حتى يأتى عليه أربعة أشهر وعشراً ، سئل فان طلق واحدة هل
 يحل له أن يتزوج ؟ قال : لا حتى يأتى عليها عدة المطلقة » وفي خبر أبي بصير (٥)
 عنه عليه السلام أيضاً ، قال : « سألته عن رجل له أربع نسوة فطلق واحدة يضيف اليهن
 أخرى ، قال : لا حتى تنقضي العدة ، فقلت : من يعتد ؟ فقال : هو ، قلت : وإن كان
 متعة ، قال : وإن كان متعة » إلى غير ذلك من النصوص المشعة بكون الحكم على

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد والباب ٤٧- من أبواب

العدد من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب ٤٨- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

(٣) الوسائل الباب ٤٧- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

(٤) الوسائل الباب ٣- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٥-٢ .

ضرب من الكراهة والتدب ، نعم لو لم يكن للمرأة عدة لعدم الدخول لم يكن بأس أصلاً ، كما أوماً إليه خبر ابن طريف (١) قال : «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كن له ثلاث نسوة ثم تزوج امرأة أخرى فلم يدخل بها ، ثم أراد أن يعتق أمة ويتزوجها ، فقال : إن هو طلق التي لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يومه ذلك ، وإن هو طلق من الثلاث النسوة اللاتي دخل بهن واحدة لم يكن له أن يتزوج امرأة أخرى حتى تنقضي عدة التي طلقها ، وعلى كل حال فلا ريب في الحكم المزبور ، ولا ينافيه إمكان رجوع البائنة رجعيّاً في بعض الأحوال ، ضرورة عدم جريان هذا الحكم عليه مع فرض التزويج ، والله العالم .

المسألة الثانية ﴿﴾

﴿إذا طلق إحدى الأربع بائناً وتزوج اثنتين فإن سبقت إحداهما كان العقد لها﴾ بلا خلاف ولا إشكال . ﴿وإن اففقتا في حالة بطل العقدان﴾ وفاقاً للمشهور ، لاستلزام صحة كل منهما بطلان الآخر ولا ترجيح ، وصحة أحدهما دون الآخر غير معقولة ، والصحة في إحدى امرأتين على جهة الإطلاق الذي مرجعه إلى تخير الزوج في تعيينها غير مفادهما ، ولو فرض قصد ذلك فهو غير صحيح ، للاجماع على اعتبار تعيين الزوجة في عقد النكاح على وجه التشخيص . ﴿و﴾ لكن في المتن ﴿روى أنه يتخير﴾ ثم قال : ﴿وفي الرّواية ضعف﴾ قلت : بل لم نعثر عليها في خصوص الفرض ، كما اعترف به في المسالك وغيرها ، نعم روى عنبسة بن مصعب (٢) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث نسوة فتزوج عليهن امرأتين في عقد ، فدخل بواحدة منهما ثم مات ، قال : إن كان دخل بالمرأة التي بدأ باسمها

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب ٥- من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ١ .

وذكرها عند عقد النكاح فان نكاحها جائز، ولها الميراث، وعليها العدة، وإن كان دخل بالمرأة التي سميت وذكرت بعد ذكر المرأة الأولى فان نكاحها باطل، الحديث. وهو كما ترى لا تغيير فيه، مع احتمال أن يراد به وقوع النكاح للأولى فيما لو قال الوكيل مثلاً: «زوجتك فاطمة وزينب»، فقال: «قبلت تزويج فاطمة وزينب»، فان النكاح يقع للأولى حينئذ. وعلى كل حال هو خارج عما نحن فيه.

ويمكن أن يريد المصنف صحيح جميل (١) المروى في الكافي والفقيه والتهذيب الوارد عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوج خمساً في عقد، قال: يغلي سبيل أيتها» شاء، بمسك الأربع، لعدم الفرق بين المسألتين، إلا أنه لا ضعف في سند، اللهم إلا أن يريد الضعف في دلالة باعتبار احتمال إرادة الزوج حال الكفر، واحتمال الامساك بالعقد الجديد، خصوصاً بعد أن عبّر بمثله فيما علم إرادة ذلك منه فيمن تزوج أختين على الترتيب، كما سمعته فيما تقدم إلا أنه كما ترى خلاف الظاهر الذي هو العجبة، على أن الخبر غير مهجور، بل عمل به الشيخ وأتباعه، بل وتبعهم يحيى بن سعيد في المحكي عنه والعلامة في المختلف، وليس متضمناً لممتنع كى يتجه طرحه أو تأويله، إذ يمكن كون التخيير فيه على حسب التخيير لمن أسلم على أزيد من النصاب، وإن كان ذلك في الاستدامة وهذا في الابتداء لكنه لا يصلح فارقاً، فان ما لا يؤثر في الابتداء لا يؤثر استدامة، بل ذلك غير فارق للتعيين، وليس هو بمنزلة «زوجتك إحدى امرأتين»، ضرورة كون الفرض تعيين كل منهما.

ولعله إلى ذلك أوماً في المختلف، حيث احتج له مضافاً إلى الصحيح بوجود المقتضى وانتفاء المانع، إذ ليس إلا انضمام العقد على الأخرى، وهو لا يقتضى تحريم المباح، كما لو جمع بين محرمة عيناً ومحللة عيناً في عقد، وكما لو جمع بين المحلل والمحرّم في البيع، ولا أثر للاطلاق والتعيين، إذ في التعيين تحريم واحدة معينة، فيبطل العقد عليها، وتحل أخرى معينة، وفي الاطلاق تحل واحدة

مطلقة وتحرم أخرى مطلقة ، وقد عقد عليهما معاً ، فيدخلان في العقد ، إذ لا وجود للكلى إلا في جزئياته ، فما في المسالك - من مناقشته بأن العقد على المحرمة ثابت بدون العقد وعلى المحللة كذلك ، فلا يضر الانضمام ، بخلاف غير المعينة ، لأن كل واحدة صالحة للصحة منفردة ومنهي عنها مع الانضمام ، ولا أولوية ، وتعلق العقد بغير معينة غير كاف في الصحة ، بل لا بد من تعيينها قبل العقد ، ولذا لا يجوز على إحدى المرأتين إجماعاً ، وبهذا يحصل الفرق بين من يحرم نكاحها عيناً ومطلقاً - مدفوعة بما عرفت من أن ذلك ليس من فاقد التعيين ، بل هو كآثر العقد بعد الاسلام .

و من ذلك يظهر لك قوة القول بالتخيير ، بل لو قلنا بأن القواعد تقتضي البطلان كان المتجه ذلك ، للنص الحاكم عليها بعد جمعه شرائط الحجية ، والاحتياط مع أنه غير واجب هوليس في البطلان مطلقاً ، ضرورة عدم موافقته لجواز تزويجهما من غير طلاق ، وتغليب جانب الحرمة إنما يسلم وجوبه في متحقق الحرمة ، ولا يخلص إلا بالاجتناب ، وهو في المقام ممنوع ، ولو تزوج الحر حرّة في عقد و اثنتين في عقد وثلاثاً في عقد و اشتبه السابق صح نكاح الواحدة على القول بالبطلان ، للقطع بصحة نكاحها كيفما فرض ، ويبقى الاشتباه في الآخرين ، والوجه استعمال الفرعة كما سمعته سابقاً في مسألة الأختين ، وعن التذكرة الحكم بها هنا ولعلّه أولى من المحكي عن الشافعية من الوجهين : أحدهما بطلان العقد ، والآخر الإيقاف الى البيان ، فإن لم يعلم كان لهنّ الفسخ ، وإن صبرن لم يفسخ ، وعليه الاتفاق عليهنّ في مدة التوقف ، وأما على القول بالتخيير فلا يتعين الواحدة للصحة ، لاحتمال تأخر عقدها عن الآخرين مع جواز صحتهما باختيار إحدى ال اثنتين أو اثنتين من الثلاث .

﴿ القسم الثاني ﴾

من قسمي استيفاء العدد ﴿ إذا استكملت الحرّة ثلاث طلاقات ﴾ لم ينكحها بينها زوج آخر ﴿ حرمت على المطلق حتى تنكح ﴾ دواماً ﴿ زوجاً غيره ﴾ وتذوق عسيلته ويذوق عسيلتها بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى الكتاب (١) والسنة (٢) قال الله تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان - ثم قال : - فان طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ، الآية فانها صريحة في حرمة المطلقة على زوجها بالطلاق ، وأنّ حلّها موقوف على أن تنكح زوجاً غيره ، وأما أن الطلاق المحرّم هو الثالث فمستفاد منها بمعونة تعقيبها لقوله تعالى : « الطلاق مرتان » فانه يقتضي كون المعنى إن طلقها بعد المرتين أي التطلقتين الأولى والثاني ، والطلاق الواقع بعدهما ليس إلاّ الثالث ، إذ غيره لا يطلق عليه أنه بعد المرتين عرفاً ، بل بعد الثلاث فما زاد ، ولأنّ التحريم بالثالث يقتضي انتفاء في غيره ، إلاّ إذا انتهى الدور ، فيحرم لكونه ثالثاً أيضاً ، فلا يكون التحريم إلاّ به .

ثم إنّ الظاهر إرادة الرّجعي من الطلاق في قوله تعالى : « الطلاق مرتان » بمعنى إن الطلاق الرّجعي الذي يجوز للزوج الرجوع فيه مرتان ، أي تطليقتان ، فالثالث بائن لا رجعي ، ومعنى قوله تعالى « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » إن الزوج بعد التطلقين الأولى والثاني مخير بين إمساك المرأة بالرجوع وحسن المعاشرة على الوجه المعروف شرعاً وعرفاً وتسريحها بالإحسان ، بأن يطلقها التّطليقة الثالثة

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ و ٢٣٠ .

(٢) الوسائل الباب ٣٠٣ - من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

ولا يراجعها حتى تنقضي عدتها و تبين عنه بانقضاء العدة ، فإنه يجوز له كل من الأمرين ، لكون الطلاق في المرتين رجعيًا ، ومقتضاء جواز الرجوع في العدة ، ويكون قوله تعالى : « فامسك » بيانًا للآزم الحكم الأول ، وهو كون الطلاق رجعيًا .

وقيل : إن المعنى في الآية : الطلاق الشرعي مرتين ، أي تطليقة بعد تطليقة ، على أن تكون التثنية لمطلق التكرير ، كما في قوله تعالى (١) : « ثم ارجع البصر كرتين » أي كرة بعد أخرى ، والفرض نفى شرعية الجمع والارسال كما ذهب إليه أكثر العامة ، وجوب التفريق بين الطلاقين كما ذهب إليه أصحابنا ، وعلى هذا يكون قوله تعالى : « فامسك » تخييراً للأزواج بعد تعليمهم كيفية الطلاق الشرعي بين الامسك بحسن المعاشرة والقيام بحقوق الزوجية والتسريح بالاحسان ، أي التسريح الجميل الذي علمهم ، وهو الطلاق الذي لا إرسال فيه ، أو يكون المعنى على قياس ما سبق في الأول أنه بعد وقوع الطلاق المشتمل على التفريق ما يوجب أحداً من أمرين من إمساك الزوجة بالرجوع و تسريحها بالطلاق الثالث ، أو ترك الرجوع حتى تنقضي العدة ، وذلك لأن تفريق الطلاق يستلزم تعدده ، وأقل ما يصدق معه التعدد المرتان ، فيكون الطلاق الواقع بعده ثالثاً ، وحينئذ يكون قوله تعالى : « فامسك » النح بياناً لحكم الزوجة بعد تطليقها من غير ترتب على سابقه كما في الأول .

و كيف كان فالطلاق المشار إليه بقوله تعالى : « فان طلقها » هو الثالث ، أما على الأول فظاهر ، وأما على الثاني فلا أن المعنى إن طلقها بعد التكرير ، أي التطليقة الواقعة بعد أخرى ، ولاريب في صدق المعنى المذكور في الطلاق الثالث ، فان أقل ما يتحقق معه التكرير مرتان ، والواقع بعدهما هو الثالث .

لكن لا يخفى أن الأصح ما قلناه أو لا من أن المراد الطلاق الرجعي وأن الثالث هو التسريح باحسان ، أما الأول فلو ضوح كون المرتين حقيقة في معنى التثنية ، واستعماله في مطلق التكرير مجاز قليل الاستعمال ، ودعوى تبادل الشرعي في أمثال

ذلك ممنوعة هنا، فإن قوله تعالى: «فإن طلقها» قرينة على أن المراد عملاً قبله الرجم الذي يحل معه الزوجة، وكذا قوله تعالى: «فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا» كما هو واضح، مضافاً إلى المروى عن النبي ﷺ (١) «إنه قيل له: الطلاق مرتان فأين الثالثة؟ قال: فامسك بمعروف أو تسريح باحسان» وإلى ما روى في سبب نزولها (٢) «أن امرأة أمت عائشة فشكت من زوجها يطلقها ويسترجعها يضارها، وكان الرجل في الجاهلية إذا طلق امرأته له أن يراجعها ولو ألف مرة، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فنزلت الطلاق مرتان» فجعل حد الطلاق ثلاثاً.

وأما الثاني فللنسبوى الذي سمعته، ولخبر أبي بصير المروى عن تفسير العياشي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «المرأة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثة، فلا تحل حتى - إلى آخرها - إن الله يقول: الطلاق مرتان - إلى آخرها - والتسريح هو التولية الثالثة» وعنه (٤) عن أبي جعفر عليه السلام «إن الله تعالى يقول: الطلاق - إلى آخرها - والتسريح باحسان هي التولية الثالثة» وعن سماعة بن مهران (٥) «سألته عن المرأة التي لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره وتذوق عسيلته وتذوق عسيلتها، وهو قول الله عز وجل: الطلاق - إلى آخرها - قال: التسريح باحسان التولية الثالثة» ولا ينافي ذلك ما روى (٦) «من أن قوله تعالى: فإن طلقها فلا تحل له هي التولية الثالثة» لأن قوله تعالى: «فإن طلقها» على هذا التقدير بيان لحكم التسريح في قوله تعالى: «أو تسريح باحسان» فيكون الطلاق الثالث مراداً منه أيضاً، وإنما سمي تسريحاً لأن المرأة تطلق به من قيد الزواج، إذ هو مأخوذ من السرح، وهو الاطلاق، يقال: سرح الماشية في المرعى سرحاً، إذا أطلقها ترعى، وسرحت

(٢٠١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٣٣-٣٤٠.

(٣٠٣ و٣٠٤ و٣٠٥) الوسائل الباب ٤ - من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٠-١٢-١٣-١١

من كتاب الطلاق.

(جواهر الكلام - ج ١)

الماشية : انطلقت في المرعى ، ومنه المسرح للمسقط ، لانطلاق الشعر به ، وإنما كان باحسان لأنه لا يرجى معه الرجوع المضار للزوجة ، لبيدوتها به ، وعلى كل حال فدلالة الآية ظاهرة على المطلوب الذى هو نفي الحل له بجميع وجوهه ، من غير فرق بين الدوام والمتعة .

وأما النصوص (١) فهي متواترة فيه أيضاً وفي أنها لا تحل له حتى ينكحها دواماً زوج آخر غيره ، ولا تكفى المتعة منها ، لخبر الصيقل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قلت : رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوجها رجل متعة أنحلّ للأول؟ قال : لا ، لأن الله تعالى يقول : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها ، والمتعة ليس فيها طلاق ، وقد يشعر هذا الخبر بالحكم في المسألة الأصولية ، وهو تخصيص العام أو تقييد المطلق بذكر الحكم الخاص لبعض أفرادهما في مساقهما ، بل لعل من ذلك مسألة الضمير أيضاً ، هذا وياتى إن شاء الله باقى أحكام المسألة في كتاب الطلاق .

نعم الحكم المذكور ثابت للحرّة ﴿سواء كانت تحت حرّ أو عبد﴾ عندنا ، لأن نصوصنا قد تواترت في أن العبرة بعد الطلاقات النساء لا الرجال ﴿و﴾ حينئذ ﴿إذا استكملت الأمة طلقتين﴾ لم يتخلل بينهما نكاح رجل آخر ﴿حرمت عليه﴾ أي المطلق ﴿حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت حرّ﴾ بلا خلاف أجده بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، والنصوص (٣) متواترة فيه أيضاً كما نسمعها إن شاء الله ، خلافاً للمحكي عن العامة ، فجعلوا العبرة بالزوج ، فان كان عبداً حرمت عليه بالطلقتين وإن كانت حرّة ، وإن كان حرّاً اعتبر الثلاث وإن كانت زوجته أمة ، والمراد حرمة وطئها عليه ولو بملك اليمين كما صرحت به النصوص (٤) أيضاً .

(١) الوسائل الباب ٣-٩٠٣- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب ٩- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق .

(٣) الوسائل الباب ٢٣- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

(٤) الوسائل الباب ٢٦- من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

ولا فرق في الطلقات المحرمة على هذا الوجه بين كونها للعدة وغيرها، خلافاً لابن بكير وأصحابه فاعتبروا كونها للعدة، وإلا حلت لزوجها من دون محلل ولو ألف مرة كما تسمعه إن شاء الله فيما يأتي، و تسمع أيضاً أن النكاح المتخلل بين الطلقات يهدم ما تقدمه من الطلاق، فإذا رجعت لزوجها مثلاً بعده تكون عنده على الثلاث كحالها السابق أولاً، والله العالم.

❦ وإذا استكملت المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان حرمت على المطلق أبداً ❦ إجماعاً بقسميه، والمراد بالطلاق للعدة أن يطلقها بالشرائط ثم يراجع في العدة ويطأ، ثم يطلق في طهر آخر ثم يراجع في العدة ويطأ، ثم يطلق الثالثة فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها بعد أن يطأها، فيتزوجها الأول بعد العدة، و يفعل كما فعل أولاً إلى أن يكمل لها تسعاً كذلك يتخلل بينهما نكاح رجلين، فتحرم في التاسعة مؤبداً لكن لا يخفى عليك أن إطلاق التسع للعدة حينئذ مجاز، لأن الثالثة من كل ثلاثة ليست للعدة، بل للسنة، ووجه التجوز إما باطلاق اسم الأكثر على الأقل أو باعتبار المجاورة، وتظهر فائدة الاعتبارين فيما لو طلق الأول للعدة والثانية للسنة، فإن المعنيين ينتفيان عن الثالثة، ويصدق على الثانية اسم العدة بالاعتبار الثاني دون الأول، وفيما لو كانت الثانية للعدة والأولى للسنة، فعلى الأول يختص بها الاسم، وعلى الثاني يصدق الاسم على الطرفين لمجاورتها.

وفي المسالك بعد أن ذكر ما عرفت قال: «و مع ذلك ففي اعتبار التحريم بمثل هذا إشكال، من وجود العلاقة فيهما كما اعتبرت في الثالثة إجماعاً، ومن أن تعليق الحكم على المعنى المجازي على خلاف الأصل لا يصار إليه في موضع الاشتباه، وهذا هو الأقوى، فيجب الاقتصار في التحريم المؤبد على موضع اليقين، وهو وقوع التسع على الوجه الأول، أو إكمال التسع للعدة حقيقة مع التفريق، ولا تغتفر الثالثة كما اغتفرت في الأولى لكونها على خلاف الأصل مما ذكرناه، فيقتصر بها على موردها وهو وقوعها بعد عدتين، وعلى هذا إن وقع في كل ثلاث واحدة عدية احتسبت خاصة،

وإن وقع في بعض الأدوار عدتين احتمل إلحاق الثالثة بهما كما في مورد النص، لوجود العلاقة بالمعنيين، وعدمه لخروج مجموع الواقع من مورد، وللتوقف في الحكم بالتحريم مطلقاً فيما خرج عن موضع النص والاجماع مجال - ثم قال - هذا كله في الحرية، وأما الأمة فيحتمل تحريمها بالسنة لتغزيلها منزلة التسع للحرية، ولأن نكاح الرجلين يتحقق فيهما كنسح الحرية، و بالتسع كالحرية، لأنها إذا طلقت تسعاً ينكحها بعد كل طلقتين رجل صدق أنه ينكحها بين التسع رجلاً، فيجتمع الشرطان المعتبران في التحريم المؤبد، وهما التسع ونكاح الرجلين، بخلاف السنة، لاختلاف الأول، ويحتمل عدم تحريمها مؤبداً مطلقاً، لأن ظاهر النص كون مورد الحرية، فيتمسك في الأمة بأصالة بقاء الحل، ولأن شرط التحريم المؤبد وقوع التسع للعدة ينكحها بينها رجلاً، وذلك منتفٍ في الأمة على كل حال، لتوقف التسع فيها على نكاح أزيد من رجلين، وهو مغائر لظاهر اعتبار الرجلين خاصة، وبالجمله فالحكم بالتحريم المؤبد بمثل هذه المناسبات مشكل، ووروده في كيفية مخصوصة لا يوجب تعديته إلى غيرها، لجواز أن يكون للمهية الاجتماعية، من كون طلقتين متواليتين للعدة وثالثة بعدهما محرمة وهكذا ثلاث مرات يوجب حكماً لا يحصل بدونها، ومع ذلك ففيها إشكال آخر، وهو أن الحكم بالتحريم مع تمام العدد يوجب تعلقه بغير ثالثة وثانية في الأمة لأنه يتم في الحرية بالخامسة والعشرين إن كانت العدة هي أول الدور، والسابعة عشر في الأمة، وذلك غير معهود في حكم التحريم المرتب على الطلاق.

قلت مضافاً إلى أن المفهوم من النص (١) التي عثرنا عليها اعتبار توالي التسع للعدة في التحريم المؤبد وهو لا يكون إلا في الصورة الأولى، فيبقى غيرها على إطلاق مادل على الحل بالمحلل في كل ثلاث، ومن ذلك يعلم أنه لاوجه للحكم بالتحريم المؤبد في صور الشك تمسكاً باطلاق مادل (٢) عليه بالتسع خرج ماخرج

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٨٥٤ من كتاب الطلاق .

مما لم يكن للمعدة ويبقى غيره ، ضرورة أنك قد عرفت ظهور النصوص في اعتبار التوالى التسع المحرمة ، إذ هي ليست إلا الموثق (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الملاءمة إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبداً ، والذي يتزوج امرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له أبداً ، والذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرات وتزوج ثلاث مرات لا تحل له أبداً ، وخبر أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً قال : « وسألته عن الذي يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق ، قال : لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، فيتزوجها رجل آخر فيطلقها على السنة ، ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث تطليقات فتنكح زوجاً غيره فيطلقها ، ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرات على السنة ، ثم تنكح ، فتلك التي لا تحل له أبداً ، وصحيح إبراهيم بن عبد الحميد (٣) عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام « إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ، ثم طلقها زوجها الأول ، ثم طلقها فتزوجت رجلاً ، ثم طلقها فتزوجت الأول ، ثم طلقها هكذا ثلاثاً لم تحل له أبداً » .

وهي كما ترى ظاهرة أو صريحة في اعتبار التوالى ، نعم لا ظهور فيها باعتبار كونها للمعدة في التحريم المؤبد ، بل الصحيح الأخير منها صريح في عدم ذلك ، كما أن الثاني منها صريح أيضاً في أن الثلاثة الأخيرة للسنة ، ومطلق في الثلاثة الثانية ، بل ظاهر الأول منها أن موضوع المحرمة حتى تنكح و موضوع المحرمة أبداً واحد إلا أن الأولى الثلاث والثانية التسع ، فالمتجه حينئذ إما تخصيصهما معاً

(١) ذكر سنده في الوسائل في الباب - ٣١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ ووسطه في الباب - ١٧ - منها الحديث ١ وذيله في الباب ٤ من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٣ من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أقسام الطلاق الحديث ٢ .

(٣) أشار إليه في الوسائل في الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ٢ وذكره في الكافي ج ٥ ص ٢٢٨ .

بالعدية كما هو صريح ابن بكير وأصحابه أو الاكتفاء فيهما جميعاً بالسني، فلا كنفاء حينئذ في الأولى بالسني و تخصيص الثانية بالعدتي منافٍ لظاهره، بل وظاهر غيره، بل والاعتبار، ضرورة أن التحريم عليه بالثالث حتى تنكح نوع من العقاب وضرب من التأديب، فإن لم يحصل بذلك حتى فعله ثلاث مرات كان أدبه الحرمة أبداً بالتسع كما أوما إليه الرضا عليه السلام في خبر ابن سنان (١) المروى في الفقيه في علة ثلثت الطلاق وعلة تحريم المرأة بعد التسع.

لكن ربما دفع ذلك كله بشذوذ الصحيح الأخير، و بارادة المقابل للبدعة من السنة في الثلاثة الأخيرة من الثاني، والمقيد من الثلاثة الثانية فيه على معنى التطبيقات المذكورة أولاً، و بأن الأول و إن كان مطلقاً إلا أنه مقيد بمفهوم القيد المعتبر في المروى (٢) عن النخاس في تعداد المحرمات بالسنة قال: «وتزويج الرجل المرأة قد طلقها للعدة تسع تطبيقات» و بمفهوم الشرط في الرضوى (٣) حيث قال: «و أمّا طلاق العدة فهو أن يطلق الرجل امرأته على طهر من غير جماع، ثم يراجعها من يوم واحد أدنى ما يريد من قبل أن تستوفي قرءها، وأدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق، فيكون إنكار الطلاق مراجعة، فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك إلا بعد الدخول بها، و إذا أراد طلاقها تربص بها حتى تحيض و تطهر ثم يطلقها، فإذا أراد راجعها و إن طلقها الثالثة فقد بانت منه ساعة طلقها فلا تحمل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإذا انقضت عدتها منه تزوجها رجل آخر و طلقها أو مات عنها، فإذا أراد أن يتزوجها فعل - إلى أن قال - : فإن طلقها ثلاث تطبيقات على ما وصفته واحدة بعد واحدة فقد بانت منه،

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٨ من كتاب الطلاق.

(٢) الوسائل الباب ١- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١.

(٣) ذكر صدره في المستدرك الباب ٢- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٣ وذيله

في الباب ٤ - منها الحديث ٦ و تمامه في البحار ج ١٠٤ ص ١٤٢ و ١٤٣ مع اختلاف في اللفظ فيهما.

ولا تحل له بعد تسع تطليقات أبداً، واعلم أن كل من طلق تسع تطليقات على ما وصفت له لم تحل له أبداً، إذهو ظاهر في اعتبار ذلك، خصوصاً بعد ذكر طلاق السنة فيه مع عدم الإشارة إلى التحريم به إذا كان تسعاً.

بل قد يدل على ذلك أيضاً خصوصاً المعتبرين (١) بوجود ابن أبي عمير وعبدالله بن المغيرة اللذين هما مما أجمع العصابة على تصحيح ما يصح عنهما في سندهما، فلا يضر ضعف الراوى لو كان في وجهه، ففي أحدهما «عن رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض، من غير أن يراجعها يعني يمستها، قال: له أن يتزوجها أبداً ما لم يراجع ويمس»، فان لفظ التأييد صريح في العموم، كما لو طلقت كذلك ولو تجاوزت التسع، وأنها لا تحرم بذلك إلى حصول الأمرين من الرجوع والوقاع، وليس نصاً في مختار ابن بكير، لقبوله التقييد بحصول المحلل بعد كل ثلاث، فيكون مقنضاه حينئذ حل التزويج له أبداً بعد حصول المحلل لا مطلقاً.

قيل: وأصرح منهما الموثق (٢) عن الصادق عليه السلام «فان فعل هذا - مشيراً إلى المطلقة بالسنة - مائة مرة هدم ما قبله، وحلت بلازواج، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات يراجعها و يطلقها لم تحل له إلا بزواج، بالتقريب السابق، وخروج الذيل عن الحجية بالاجماع والمعتبرة غير ملازم لخروج الجميع عنها، فقد يكون من الحاق ابن بكير الذي في سنده، وكلامه

(١) ذكر أحدهما وأشار إلى الثاني في الوسائل في الباب - ٣ - من أبواب أقسام

الطلاق الحديث ١٣ وذكرهما في الكافي ج ٦ ص ٧٧.

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٦ من كتاب الطلاق

عن أبي جعفر عليه السلام.

اجتهاد منه ، ويؤيده تصريح ابن بكير على ما حكى عنه في عدة من الأخبار (١) بعدم سماعه عدم اعتبار المحلل من أحد الأئمة صلوات الله وسلامه عليهم ، وأنه من الرأي الذي رآه ورزقه الله إياه .

هذا ولكن الجميع كما ترى إذ خبر العلل مع أنه من المفهوم الضعيف يمكن إرادة الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الذي هو ابتداء العدة على نحو قوله تعالى (٢) : « فطلقوهن » لعدتهن و احصوا العدة ، وحينئذ فيندرج فيه الطلاق السنني المقابل للبدعي الذي هو الطلاق في طهر الموافقة ، وربما يؤيد ذلك أن التسع للعدة لا يكون حقيقة إلا بهذا المعنى ، ضرورة عدم كون التسع للعدة فيما فرضوه ، لما عرفت من خروج كل ثالث منه ، فليس هو إلا مجازاً (٣) لا قرينة عليه ، وما في النص (٤) والفتوى من تفسير الطلاق العدى بالمراجع فيه في العدة موافقاً فيها في مقابل السنني لا يقتضي أن التسع للعدة كذلك ، بل لعلّه يقضى بخلافه ، بل لعلّ ذكرهم التسع مع نصهم على الحرمة بالمفروض قرينة على عدم ذلك ، وإلا كان مقتضاه تحريمها بالاربعة عشر ، فانها هي التي تكمل بها التسع للعدة حقيقة .

و أما الرضوى فهو - مع أنه لم يثبت نسبته الى الرضا عليه السلام - يجرى فيه نحو ذلك .

ولما الأخبار الثلاث فلا يخفى نجشم ما سمعته فيها ، بل يمكن القطع بعدم إرادة ذلك منها وإن كان هو مقتضى صناعة الأصول ، إذ ليس كل ما تقتضيه الصناعة حجة يعمل عليه مع القطع أو الظن المعتد به بعدم إرادته ، بل فتح الباب المزبور في الخبر الثالث يسقط الأخبار عن الحجية ، ضرورة قيام احتمال تصرف الراوي

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١٢٥١١ والكافي ج ٦

ص ٧٨٧٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧١ الرقم ٩٦٣ و٩٦٤ .

(٢) سورة الطلاق : ٦٥ - الآية ١ .

(٣) في النسختين الاصليتين المبيضة والمسودة «الامجاز» والصحيح ما أثبتناه .

(٤) الوسائل الباب ٢- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق .

في جميعها ، فليس هي إلا أخبار موافقة لابن بكير و أصحابه ، فالمتجه إما طرحها لمعارضتها بالأقوى منها ، أو العمل بها كما تعرفه في محله إن شاء الله .
و من ذلك كله توقف بعض متأخري الأصحاب في الحكم المزبور ، و هو في محله ، نعم إن تمّ الاجماع المدعى على عدم اعتبار الطلاق العدى في الحرمة حتى تنكح في مقابل ابن بكير ، و تمّ الاجماع المدعى أيضاً على اعتبار العدى في الحرمة أبداً ، و تمّ الاجماع المدعى أيضاً على تحقيق التسع للعدّة بالمعنى المجازى ثبت ما ذكره ، وإلا كان للنظر فيه مجال .

وعليه فالمتجه حينئذ الاقتصار عليه وقوفاً على ما خالف الأصل على المتيقن من النص والفتوى ، فلا تكفى المتفرقة ، ولا يجرى الحكم في الأمة لما عرفت من عدم إطلاق يرجع اليه حينئذ في صور الشك بعد فهم التوالى من النصوص المزبورة ، والله العالم وربما يأتي زيادة تحقيق للمسألة في باب الطلاق إن شاء الله .

﴿ السبب الخامس ﴾

﴿ اللعان ، وهو سبب لتحريم الملاءنة تحريماً مؤبداً ﴾ نصاً (١) و إجماعاً ، ولكن شروطه (٢) الأتية في محله كأن يرميها بالزنا ويدعى المشاهدة ولا بيّنة ، أو ينفي ولدها الجامع لشرائط الإلحاق به و تنكر ذلك ، فتلزمهما حينئذ الملاءنة ، ويأمرهما الحاكم بها ، فإذا تلاعنا سقط عنه حد القذف وعنها حد الزنا ، وانقضى الولد عنه ، و حرمت عليه مؤبداً ، بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف ، ولو لم يدع المشاهدة أو أقام بيّنة فلا لعان إجماعاً ، لاشتراطه بعدم الشهداء بنص الآية (٣) .

(١) الوسائل الباب ١-٩ من كتاب اللعان .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة ، إلا أن الموجود في المسودة التي هي بخط

المصنف (قده) وبشرطه وهو الصحيح .

(٣) سورة النور : ٢٣- الآية ٦ .

﴿وكذا﴾ في كونه سبباً للحرمة أبدأ ﴿قذف الزوجة السماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لو لم تكن كذلك﴾ وإن لم يكن لعان بينهما ، لا تنفاء شرطه بالاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى صحيح أبي بصير أو موثق (١) قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال ، فقال : إن كان لها بيثة تشهد لها عند الامام جلده الحد وفرق بينهما ، ثم لا تحل له أبدأ ، وإن لم تكن لها بيثة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها » و حسن الحلبي ومحمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام « في رجل قذف امرأته وهي خرساء ، قال : يفرق بينهما » وخبر محمد بن مروان (٣) عنه عليه السلام « في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها؟ قال : يفرق بينهما ولا تحل له أبدأ » وظاهر الأخيرين الاكتفاء بالخرس وحده ، بل هو ظاهر الأول أيضاً بناء على رواية الشيخ له هنا بأو ، لكن رواه في باب اللعان بدونها كالكليني الذي هو أضبط من الشيخ قطعاً ، لكن مع كون ذلك في كلام السائل والاقتنار على الخرس في الروايتين والتعبير بأو في كلام الأكثر بل هو في معقد إجماعي الغنية ومحكي السرائر يتجه الاكتفاء بأحدهما ، نعم في محكمي التحريم الاشكال في الصماء ، وفي المسالك هو مبني على اعتبار الأمرين .

وفيه أنه لو كان كذلك لم يخص الصماء بالاشكال ، ضرورة كونهما حينئذ من واحد واحد ، بل هو مبني على مفروغية سببية الخرس وحده للروايتين ، وإحدى النسختين ومعقد الاجماعين ، أما الصمم فقد يتوقف فيه من حيث إنّه ليس إلا في سؤال خبر أبي بصير المعتمل كونه مذكوراً فيه لبيان الواقع ، لا لأن له مدخلية في الحكم ، كما أنه ليس في الجواب إلا الحكم المزبور الذي لا إشكال في ثبوته على فرض تمامية الخرس في التسبيب ، إذ الصمم إن لم يكن مؤكداً لم يكن مانعاً ، فالعمومات حينئذ تقتضي عدم التحريم معه ، ومن الاجماعين المزبورين وإحدى النسختين وظهور السؤال في مدخليته في الحكم سيثماً مع قول السائل : « لا تسمع ما قال » مع تقرير الامام له ، فاذا ثبت أن الخرس وحده سبب في الحكم استلزم ذلك

ثبوت الصَّمِّ وحده. أيضاً بعد فرض ظهور الخبر في مدخليته في الحكم، إذ احتمال الاطلاق في سببية الخرس وتقييد سببية الصَّمِّ به لا يرجع إلى محصل.

نعم ربما يقوى في النفس أن الاختلاف المزبور في النصوص للتلازم بين الخرس الخلقي والصَّمِّ، ومنه ينقذ تخصيص موضوع هذا الحكم المخالف للأصول بذلك، أما الخرس العارضى بقطع لسان ونحوه وكذلك الصَّمِّ فلا يثبت له هذا الحكم، وهو جيد جداً إن لم يكن إجماع على خلافه.

و على كل حال فقد سمعت في المتن وغيره اعتبار ما يوجب اللعان في القذف المسبب لذلك، وقد يشكل ذلك بخلو الصحيح والحسن بل ومقد إجماع الفنية عن ذلك، ومن هنا قال بعضهم: «لولا الإجماع على القيد المزبور لأمكن جعل السبب مطلقاً قذف الزوج الصَّمِّ والخرساء» لكن قد يقال مضافاً إلى ذلك: إن الخبر الثالث - وإن لم يكن مقيداً لهما باعتبار عدم منافاته لهما - مشعر بأن التفرقة المربوبة هي اللعان بينهما، بل لعل السؤال في الخبرين الأولين مبني على ذلك، بمعنى أن الخرساء والصَّمِّ التي لا لعان معها باعتبار خرساء وصممها إذا قذفها زوجها كيف الحكم في هذا القذف؟ فأجاب عليه السلام بما عرفت، أي أن حكم اللعان يجري وإن لم يكن فيكون هذا هو اللعان بينهما، وهذا هو المناسب لقاعدة الاختصار على المتيقن فيما خالف الأصل والعمومات، ومن هنا قيد المصنف وغيره القذف بما يوجب، بل هو ظاهر غيره أيضاً مما ذكره متصلاً بحكم الملاعنة.

ومن ذلك يعلم أن الحكم ثابت على سببي اللعان، وهو القذف وإنكار الولد، وهذا معنى قوله: «كيف يلاعنها؟» أي إذا حصل سبب اللعان في غيرها معها كيف يلاعنها؟ فما وقع من بعضهم من التصريح باختصاص الحكم في القذف بالزنا دون نفي الولد في غير محله، كاحتمال جريان اللعان منها بالإشارة فيه بخلاف الأول، لما ستعرف من اشتراط اللعان في كل من سببيه بعدم الخرس والصَّمِّ، كما هو واضح.

بل من ذلك يعلم أيضاً سقوط ما عن الصدوق من ثبوت الحكم لو قذفت الزوجة

الزوج الآخر أو الأصم وإن شهد له المرسل (١) الفاقد لشرائط الحجية وإن كان المرسل ممن اجتمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه على ما رواه الكشي (٢) « في امرأة قذفت زوجها الأصم ، قال : يفرق بينهما ولا يحل له أبداً ، لكن قد عرفت أن هذا الحكم من أحكام اللعان بين الزوجة وزوجها ، وهو إنما في قذف الزوج للزوجة لا العكس ، نعم لو قلنا : إنه حكم للقذف من حيث كونه قذفاً - ترتب عليه لعان لولا الافة أو لم يترتب - أمكن حينئذ تعميم الحكم ولو لقاعدة الاشتراك في وجهه ، ويخرج المرسل حينئذ شاهداً ، لكن قد عرفت أن الحكم مترتب عليه من حيث كونه سبب لعان ، فلا يتجده ذلك ، ولذا لو قذفها على وجه لا يكون لعان به لعدم دعوى المشاهدة أو لحصول البينة أو لغير ذلك لم يترتب عليه الحكم المزبور ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ السبب السادس ﴾

﴿ الكفر ، والنظر فيه يستدعى بيان مقاصد : ﴾

﴿ الاول ﴾

﴿ لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية اجماعاً ﴾ من المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، و كتاباً (٣) وسنة (٤) وما عساه يظهر من محكي الخلاف عن بعض أصحاب الحديث من أصحابنا من القول بالجواز مع أنا لم نتحققه ولا نقله غيره مسبوق بالاجماع ﴿ و ﴾ ملحق به ، نعم ﴿ في تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان ﴾ (٥)

(١) الوسائل الباب ٨ - من كتاب اللعان الحديث ٣ .

(٢) رجال الكشي ص ٤٦٦ ط النجف .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢١ .

(٤) الوسائل الباب ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر .

(٥) الوسائل الباب ٢١ - من أبواب ما يحرم بالكفر .

أشهرهما ﴿عملاً﴾ بين المتأخرين ﴿المنع في النكاح الدائم، والجواز في المؤجل وملك اليمين﴾ جمعاً بين الدليلين ، لكن لا ريب في دلالة قوله تعالى (١) « ولا تنكحوا المشركات ، الآية على منع النكاح مطلقاً ، لأن تعليق النهي على الغاية التي هي الايمان يدل على اشتراطه في النكاح ، بل تعقيب النهي بقوله تعالى : « اولئك يدعون إلى النار ، والله يدعو إلى الجنة » يقتضي كونه علة للمنع ، فان الزوجين ربما أخذ أحدهما من دين صاحبه ، فيدعو ذلك إلى دخول النار ، وهذا المعنى مطرد في جميع أقسام الكفر ، ولا اختصاص له بالشرك ، على أنه قيل : إن اليهود والنصارى منهم أيضاً ، لقول النصارى بالأقائيم الثلاثة ، وقد قال الله تعالى : (٢) « قالت اليهود عزيز ابن الله » وقالت النصارى المسيح ابن الله ، وقال أيضاً (٣) : « اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله والمسيح - إلى أن قال : - سبحانه وتعالى عما يشركون ، والاشراك كما يتحقق باثبات إله آخر مع الله سبحانه كذا يتحقق باثبات إله غيره ، فتكون الآية حينئذ دالة على المطلوب .

بل لعل قوله تعالى (٤) : « ومن لم يستطع منكم طولاً ، الآية دال على المطلوب أيضاً ، فانه إما جواز نكاح الأمة إن لم يقدر على الحرّة المؤمنة ، فلو جاز نكاح الكافرة لزم جواز نكاح الأمة مع الحرّة الكافرة ، ولم يقل به أحد ، ولأن التوصيف بالمؤمنات في قوله تعالى (٥) : « من فتياتكم المؤمنات » يقتضي أن لا يجوز نكاح الكافرة من الفتيات مع انتفاء الطول ، وليس إلا لامتناع نكاحها مطلقاً ، للاجماع على انتفاء الخصوصيّة بهذا الوجه ، ولأن المنع عنها مع انتفاء الطول يقتضي المنع معه بطريق أولى ، وفي المحكي عن نوادر الراوندي باسناده (٦) عن موسى بن جعفر عن آبائه عن علي عليه السلام « لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهودية

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢١ .

(٢) سورة التوبة : ٩ - الآية ٣٠-٣١ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٥ .

(٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣٨٠ ط الحديث .

ولا النصرانية ، لأن الله تعالى يقول : من فتياتكم المؤمنات .

بل قوله تعالى : (١) « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » دال على المطلوب أيضاً
فإن "العصم جمع عصمة ، وهي ما يعتصم به من عقد أو ملك ، لأن" المرأة بالنكاح
تعصم من غير زوجها ، والكوافر جمع كافرة ، فالمراد نهى المؤمنين عن المقام على
نكاح الكافرات ، لانقطاع العصمة بينهما بالاسلام ، وقد روى (٢) « إنها لما نزلت
أطلق المسلمون نساءهم التي لم يهاجرن حتى تزوج بهن الكفار » وفي مرسل
على بن إبراهيم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام في تفسيرها « من كانت عنده امرأة كافرة
على غير ملة الاسلام وهو على ملة الاسلام فليعرض عليها الاسلام ، فان قبلت فهي
امراته ، وإلا فهي بريئة منه ، نهى الله أن يمسك بعصمهم » ومتى ثبت انقطاع العصمة
الثابتة بالنكاح السابق لزم منه عدم تأثير اللاحق ، بل لعله أولى ، بل يمكن إبداء
الأعم من السابق واللاحق من الامساك المنهى عنه فيها ، فان الاستدامة من لوازم
التحصيل عادة ، والمنع من اللازم يقتضى المنع من الملزوم ، وعلى كل حال فلا
ريب في دلالتها على ذلك من غير اختصاص بالمشركات وإن نزلت فيهن على ما قيل ،
لأن العبرة بعموم اللفظ لا بحصول السبب .

مضافاً إلى موثق ابن الجهم (٤) قال : « قال لي أبو الحسن الرضا عليه السلام : يا أبا محمد
ما تقول في رجل يتزوج نصرانية على مسلمة ؟ قلت : جعلت فداك وما قولي بين
يديك ؟ قال : لتقولن » فان ذلك تعلم به قولي ، قلت : لا يجوز تزويج نصرانية
على مسلمة ولا على غير مسلمة ، قال : ولم ؟ قلت : لقول الله عز وجل (٥) : ولا

(١) سورة الممتحنة : ٦٠ - الآية ١٠ .

(٢) مجمع البيان ذيل الآية ١٠ من سورة الممتحنة .

(٣) الوسائل الباب ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٧ .

(٤) الوسائل الباب ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ .

(٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢١ .

تسكحوا المشركات - إلى آخرها - قال : فما تقول في هذه الآية (١) والمحصنات من الذين أدنوا الكتاب ؟ قلت : قوله : ولا تسكحوا المشركات نسخت هذه الآية ، فتبسم ثم سكت .

و إلى خبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام : « لا ينبغي تكاح أهل الكتاب ، قلت : جعلت فداك و أين تحريمه ؟ قال : قوله : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » (٣) و صحيحه الآخر (٤) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه والمحصنات - إلى آخرها - قال : هذه منسوخة بقوله : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

و إلى خبر مسعدة بن صدقة المروى عن تفسير العياشي (٥) قال : « سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى : والمحصنات - إلى آخرها - قال : نسختها : ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

و إلى ما عن الطبرسي أنه روى عند قوله تعالى : « والمحصنات » عن أبي - الجارود (٦) عن أبي جعفر عليه السلام « أنه منسوخ بقوله تعالى : ولا تسكحوا المشركات ، بل قيل إن المراد بالمحصنات اللاتي أسلمن منهن » ، و بالمحصنات من المؤمنات اللاتي كن في الأصل مؤمنات بأن ولدن على الاسلام ، لما حكى أن قوماً كانوا يتخرجون من المقد على من أسلمت عن كفر ، فبيتن سبحانه أنه لا حرج في ذلك ، فلذا أفرد به بالذكر .

و إلى قوله تعالى (٧) : « لا تجد قوماً يؤمنون بالله » إلى آخرها ، فإن

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ٥ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ .

(٣) سورة الممتحنة : ٦٠ - الآية ١٠ .

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ - ٧ .

(٥) المستدرک الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ .

(٦) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢٢ .

التزويج بهن مودة ، خصوصاً بعد قوله تعالى (١) « وجعل بينكم مودة ورحمة » وإلى قوله (٢) « لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ، فإن نفى الاستواء يقتضى نفيه من جميع الوجوه التى منها المناكحة ، ومن ذلك كله ذهب المفيد والمرضى وابن إدريس فيما حكى عنه إلى المنع مطلقاً حتى الوطء بملك اليمين الذى هو أحد العصم ، بل ادعى المرضى منهم الاجماع على ذلك .

إلا أن التحقيق الجواز مطلقاً وفاقاً للحسن والصدوقين على كراهية متفاوتة في الشدة والضعف بالنسبة (٣) إلى الدائم والمنقطع وملك اليمين ، وبالنسبة (٤) إلى من يستطيع نكاح المسلمة وغيره ، وبالنسبة (٥) لمن يكون عنده المسلمة وغيره ، وبالنسبة (٦) إلى البله منهم وغيرها ، كما أومأت إلى ذلك كله النصوص التى ستسممها ، لقوله تعالى : (٧) « والمحصنات » إلى آخرها التى هي من سورة المائدة المشهورة في أنها محكمة لا تسخ فيها .

قال رسول الله ﷺ (٨) : « إن سورة المائدة آخر القرآن نزولاً فأحلوا حلالها وحرّموا حرامها » .

والمروى (٩) عن الطبرسى عن العياشى بإسناده وعيسى بن عبدالله ، عن أبيه

(١) سورة الروم : ٣٠ - الآية ٢١ .

(٢) سورة الحشر : ٥٩ - الآية ٢٠ .

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر والباب - ١٣ - من أبواب

المنعة والباب - ١٦ - من أبواب ما يكتسب به الحديث ١ من كتاب التجارة .

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر .

(٥) الوسائل الباب - ٢ و ٧ و ٨ - من أبواب ما يحرم بالكفر .

(٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالكفر .

(٧) سورة المائدة : ٥ - الآية ٥ .

(٨) الددالمنثور ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٩) البحار ج ٩٢ ص ٢٧٣ .

عن جده ، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « كان القرآن ينسخ بعضه بعضاً ، وإنما يؤخذ من رسول الله ﷺ بآخره ، وكان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة نسخت ما قبلها ولم ينسخها شيء ، لقد نزلت عليه وهو على بغلة شهباء ، وقد ثقل عليه الوحي حتى وقفت وتدلى بطنها حتى رأيت سرتها تمس الأرض وأعبي ، وأغمى على رسول الله ﷺ حتى وضع يده على ذنابة شيبة بن وهب الجمحي ، ثم رفع ذلك عن رسول الله ﷺ ، فقرأ علينا رسول الله ﷺ سورة المائدة ، فعمل رسول الله ﷺ و عملنا » .

و المروزي مراسلاً (١) عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى (٢) : « لا تحلوا شعائر الله » الآية : « إنّه لم ينسخ من هذه السورة شيء ولا من هذه الآية لأنه لا يجوز أن يبتدأ المشركون في أشهر الحرم بالقتال إلا إذا قاتلوا » وفيه ردّ على من زعم أن قوله تعالى (٣) : « ولا الشهر الحرام » منسوخ بقوله (٤) : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » .

و صحيح زرارة (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سمعته يقول : جمع عمر بن الخطاب أصحاب رسول الله ﷺ وفيهم علي عليه السلام ، فقال : ما تقولون في المسح على الخفين ؟ فقام المغيرة بن شعبه ، فقال : رأيت رسول الله ﷺ يمسه على الخفين ، فقال علي عليه السلام : قبل المائدة أو بعدها ، فقال : لا أدري ، فقال علي عليه السلام : سبق الكتاب الخفين ، إنما نزلت المائدة قبل أن يقبض بشهرين أو ثلاثة » .

و المروزي عن العياشي ، عن زرارة وأبي حنيفة عن أبي بكر بن حزم (٦) قال :

(١) مجمع البيان ذيل الآية ٢ من سورة المائدة .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٢ .

(٣) سورة التوبة : ٩ - الآية ٥ .

(٤) الوسائل الباب ٣٨- من أبواب الوضوء الحديث ٦ من كتاب الطهارة .

(٥) الوسائل الباب ٦- من أبواب صفات القاضي - الحديث ٤٨ من كتاب القضاء .

(جواهر الكلام - ج ٢)

« توضأ رجل فمسح على خفيه فدخل المسجد فصلى، فجاء علي عليه السلام فوطأ على رقبته، فقال : وبلك صلى علي غير وضوء ، فقال : أمرني عمر بن الخطاب ، قال : فأخذ بيده فأنهى به إليه ، فقال : انظر ما يروى هذا عليك و رفع صوته ، فقال : نعم أنا أمرته إن رسول الله صلى الله عليه وآله مسح على الخفين ، قال : قبل المائدة أو بعدها ، قال : لا أدري ، قال : فلم تفتي وأنت لا تدري ، سبق الكتاب الخفين » .

بل يدل على انتفاء النسخ في خصوص الآية بل هي لاسخة لما ادعوا نسخها به ما رواه السيّد في المحكي من رسالة المحكم والمتشابه نقلاً عن تفسير النعماني باسناده (١) عن علي عليه السلام قال : « و أما الآيات التي نصفها منسوخ و نصفها متروك بحاله لم ينسخ ، وما جاء من الرخصة في العزيمة فقله تعالى : ولا تنكحوا المشركات - إلي آخرها - و ذلك أن المسلمين كانوا ينكحون في أهل الكتاب من اليهود والنصارى وينكحونهم حتى نزلت هذه الآية نهياً أن ينكح المسلم في المشرك أو ينكحونه ، ثم قال الله تعالى في سورة المائدة ما نسخ هذه الآية ، فقال : والمحصنات - الآية - فأطلق الله تعالى مناكحتهم بعد أن كان نهى ، وترك قوله : ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا على حاله ، لم ينسخه » .

بل يشهد له أيضاً ما ذكره الثقة الجليل علي بن إبراهيم (٢) في تفسيره عند قوله تعالى : « ولا تنكحوا » الآية « هي منسوخة بقوله تعالى في سورة المائدة :

(١) الوسائل الباب ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦ .

(٢) الموجود في تفسير علي بن إبراهيم في ص ٦٣ (طبع إيران عام ١٣١٣) ذيل الآية ٢٢١ من سورة البقرة « فقله : ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن منسوخة بقوله : والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، و قوله : ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمن على حاله لم ينسخ » وفي ص ١٥١ ذيل الآية ٥ من سورة المائدة « فقد أحل الله لنكاح أهل الكتاب بعد تحريمه في قوله في سورة البقرة : ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، وإنما يحل نكاح أهل الكتاب الذين يؤدون الجزية على ما يجب ، فأما إذا كانوا في دار الشرك ولم يؤدوا الجزية لم يحل مناكحتهم » .

اليوم - الآية - ثم قال : نسخت هذه الآية قوله : ولا تنكحوا المشركات ، وترك قوله : ولا تنكحوا المشركين على حاله لم ينسخ ، لأنه لا يعمل للمسلم أن ينكح المشرك ، ويعمل له أن يتزوج المشركة من اليهود والنصارى ، فانه وإن لم يسنده إلى حجة إلا أن الظاهر كونه مأخوذاً عنهم ^{فإنهم} ، كما يشهد به طريقة المحدثين وخصوصاً فيما طريقه النقل من نقل متون الأخبار بحذف الاسناد كأنه من كلامهم . ومن ذلك كله يظهر لك ما في المحكي عن جماعة من منع كون سورة المائدة محكمة ، لاشتغالها على ما هو منسوخ ، وعدوا منه قوله تعالى (١) : « فاعف عنهم واصفح » وقوله تعالى (٢) : « ما على الرسول إلا البلاغ » وقوله تعالى (٣) : « يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم » فانها جميعاً منسوخة بآية السيف ، وهي قوله تعالى (٤) : « واقتلوهم حيث وجدتموهم » على أن ذلك ليس من النسخ قطعاً .

وأيضاً فإن الروايات السابقة الدالة على نسخ آية المائدة منها ما دل على أنها منسوخة بقوله تعالى : « ولا تمسكوا » ومنها ما دل على أنها منسوخة بقوله تعالى : « ولا تنكحوا » إلى آخرها ، ومن المعلوم أن النسخ بأحدهما لا يجتمع مع النسخ بالأخرى لاستحالة نسخ الشيء ورفعه بعد زواله وارتفاعه .

ومنه يعلم أن ما تضمنته رواية الطبرسي من اسناد النسخ اليهما معاً خلاف ما يقتضيه الاعتبار ، إلا أن يقال : إن الناسخ هو إحدى الأيتين خاصة ، وإنما أضيف النسخ إلى الأخرى لكونها بمنزلة الناسخ من حيث الدلالة على ما يخالف حكم المنسوخ وإن حصل الرفع بغيرها ، أو ما من شأنه النسخ به ، أو يقال بتكرار النسخ وإن المنسوخ هو حل الكتابية لا من حيث استفادته من خصوص الآية بل حلها مطلقاً وإن كان لأجل السنة لكن الكل كما ترى .

وأيضاً قد عرفت أن الظاهر من آية النهي عن الإمساك المنع من البقاء على

(١ و ٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ١٣ - ٩٩ - ١٠٥ .

(٢) سورة النساء : ٣ - الآية ٨٩ .

نكاح الكوافر واستدامته كما نص عليه المفسرون ، فيشكل الحكم بكونه ناسخاً لحل الكتابية ، للاجماع على بقاء النكاح إذا أسلم زوج الذمية دونها وإن اختلفوا في جواز نكاحها ابتداءً وعدمه ، ولا تجدي أولوية المنع عن الابتداء بعد انتفاء حكم الأصل ، نعم يصح جعل الآية ناسخة لو حمل الامساك على ما يعم الابتداء والاستدامة ، لكنه خلاف المتبادر من اللفظ ، ولذا لم يذكره المفسرون .

وأما النسخ بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات » فيتوجه عليه منع دخول الكتابية في المشركة ، لأن المتبادر من الشرك في إطلاق الشرع غير أهل الكتاب ، كما يؤيده عطف المشركين على أهل الكتاب وبالعكس في كثير من الآيات (١) وهذا لا ينافي اعتقادهم ما يوجب الشرك ، إذ ليس الغرض نفي الشرك عنهم ، بل عدم تبادره من إطلاق لفظ المشرك ، وادعاء النسخ بالآية لفهم العموم منها بالقرائن وإن كان ممكناً إلا أنه خلاف ظاهر الرواية الدالة على النسخ بها من غير التفات إلى قرائن العموم ، فوجب حينئذ طرح ما دل على ذلك ، أو تأويله . على أن خبر ابن الجهم ليس فيه إلا أنه تبسم وسكت ، ويمكن أن يكون تبسمه على اشتباهه ، خصوصاً والامام عليه السلام سأل عن تزويج النصرانية على المسلمة الظاهر في المفروغية من جواز نكاحها لا على مسلمة .

وأيضاً صدر آية المائدة بقوله تعالى : (٢) « اليوم أحل » إلى آخرها المراد منه بحسب الظاهر ما تعلق بالكتابيتين ، فانه ظاهر في تجدد الحل ورفع الحرمة السابقة ، فهو حينئذ كالصريح في أنه ناسخ لا منسوخ ، على أنه لو أغضينا عن ترجيح ما ذكرناه ، وقلنا : إن خبر الواحد لا يثبت به النسخ ولا الناسخ فلا أقل من التعارض ، ولا ريب في أن التخصيص أولى من النسخ ، وهو حاصل بتحكيم سورة المائدة .

هذا كله مضافاً إلى موافقة ذلك للنصوص المستفيضة أو المتواترة الدالة على

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٠٥ وسورة البينة : ٩٨ - الآية ١ و ٦ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٥ .

جواز نكاح الكتابية منطوقاً ومفهوماً كصحيح ابن وهب (١) وغيره المروى في الكافي والفقهاء عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل المؤمن يتزوج النصرانية واليهودية ، قال : إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية ؟ فقلت : يكون له فيها الهوى ، فقال : إن فعل فليمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، واعلم أن عليه في دينه في تزويجه إباحا غضاظة » ومنه يعلم الكراهة لمن يجد المسلمة في خبر محمد (٢) عن أبي جعفر عليه السلام « لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهودية ولا نصرانية وهو يجد مسلمة حرة أو أمة » مضافاً إلى إشعار لفظ « لا ينبغي » فيه ، وإلى خبر عبد الله بن سنان (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله أبي وأنا أسمع عن نكاح اليهودية والنصرانية ، فقال : نكاحهما أحب إلي من نكاح الناصبية ، وما أحب للرجل المسلم أن يتزوج اليهودية ولا النصرانية مخافة أن يتهود ولده أو يتنصروا » .

فما عن أبي علي - من حرمة النكاح اختياراً والجواز اضطراراً للخبر المزبور وخبر حفص بن غياث (٤) قال : « كتب إلي بعض إخواني أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل ، فسألته عن الأسير هل له أن يتزوج في دار الحرب ؟ فقال : أكره ذلك فإن فعل في بلاد الروم فليس هو بحرام ، وهو نكاح ، وأما في الترك والديلم والخنزر فلا يحل له ذلك » ونحوه ، كخبر الخزاز (٥) عنه عليه السلام - واضح الضعف ، على أن خبر حفص لا صراحة فيه ، بل ولا ظهور في اشتراط الاضطرار المزبور في الجواز ، بل هو في الدلالة على عدمه أظهر ، فيندرج حينئذ في أدلة المختار التي منها ما عرفت .

(٢٠١) الوسائل الباب ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١-٢ .

(٣) ذكر صدره في الوسائل الباب ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٠ .

و ذيله في الباب ١- منها - الحديث ٥ .

(٤) الوسائل الباب ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ .

(٥) أشاد إليه في الوسائل الباب ٢- من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٤ وذكره .

في التهذيب ج ٧ ص ٣٣٣ الرقم ١٢٢٧ .

و(منها) أيضاً موثق سماعة (١) «سألته عن اليهودية والنصرانية أيتزوجها الرجل على المسلمة؟ قال: لا وتزوج المسلمة على اليهودية والنصرانية» الذي منه يظهر دلالة القيد في الصحيح أو الحسن (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «لا يتزوج اليهودية والنصرانية على المسلمة» بل وخبر أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يتزوج اليهودية ولا النصرانية على حرة متعة وغير متعة».

و (منها) خبر أبي بصير (٤) أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية؟ فقال إن أهل الكتاب ممالك للإمام، وذلك موسع منّا عليكم خاصة، فلا بأس أن يتزوج، قلت: فإنه يتزوج عليها أمة، قال: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء، فإن تزوج عليها حرة مسلمة ولم تعلم أن له امرأة نصرانية ويهودية ثم دخل بها فإن لها ما أخذت من المهر، فإن شئت أن تقيم بعد معه أقامت، وإن شئت أن تذهب إلى أهلها ذهبت، وإذا حاضت ثلاث حيض أو مرت ثلاثة أشهر حلت للأزواج، قلت: فإن طلق عليها اليهودية والنصرانية قبل أن تنقضي عدة المسلمة له عليها سبيل أن يردّها إلى منزل؟ قال: نعم» وخبر منصور بن حازم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل تزوج ذميّة على مسلمة ولم يستأمرها، قال: يفرّق بينهما، قلت: فعليه أدب؟ قال: نعم انتهى عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر، قلت: فإن رضيت المرأة الحرة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل، قال: لا يضرب ولا يفرّق بينهما، يبقيان على النكاح الأوّل» وخبر هشام بن سالم (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوج ذميّة على

(١) (٣٥٢١) الوسائل الباب ٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢-١-٥.

(٢) (٤) الوسائل الباب ٨- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١.

(٥) أشار إليه في الوسائل الباب ٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤ وذكره

في الباب ٩-٤ من أبواب حد الزنا - الحديث ١ من كتاب الحدود.

(٦) (٦) الوسائل الباب ٧- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣.

مسلمة ، قال : يفرق بينهما ويضرب ثمن الحد ، إثني عشر سوطلاً ونصف ، فإن رضيت المسلمة ضرب ثمن الحد ولم يفرق بينهما ، قلت : كيف يضرب النصف ؟ قال : يؤخذ السوط بالنصف فيضرب به ، وخبر أبي مريم الأنصاري (١) عن أبي جعفر عليه السلام : سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم حلال هو ؟ فقال : نعم قد كانت تحت طلحة يهودية ، وصحيح محمد بن مسلم (٢) عنه عليه السلام أيضاً : سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية ، فقال : لا بأس به ، أما علمت أنه كان تحت طلحة بن عبد الله يهودية على عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم ؟ .

و (منها) خصوص ما جاء في المتعة كمرسل ابن فضال (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس أن يتمتع الرجل باليهودية والنصرانية وعنده حرمة » ، وخبر زرارة (٤) « سمعته عليه السلام يقول : لا بأس أن يتزوج اليهودية والنصرانية ، فقال : لا بأس به يعني متعة » ، وخبر الأشعري (٥) « سألت عليه السلام عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية ، فقال : لأرى بذلك بأساً » الحديث . وخبر الحسن التغلبي (٦) « سألت الرضا عليه السلام أنتمتع من اليهودية والنصرانية ؟ فقال : تتمتع من الحرمة المؤمنة أحب إليّ ، وهي أعظم حرمة منها » إلى غير ذلك من

(١ و ٢) الوسائل الباب ٥- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ و ٤ .

(٣) الوسائل الباب ٤- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب ٤- من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٢ و الباب ١٣ من أبواب المتعة - الحديث ٢ . و في الموضعين قال : « سمعته يقول : لا بأس أن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة » ، و أما قوله : فقال : لا بأس به يعني متعة ، فهو من تلميح حديث محمد بن سنان الذي ذكره في الوسائل بعد خبر زرارة في الموضع الثاني بلفظ ، والظاهر أنه سهو من قلمه وطفرة من نظره الشريف طاب ثراه .

(٥) الوسائل الباب ١٣- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٦) الوسائل الباب ٧- من أبواب المتعة الحديث ٣ والباب ١٣- منها - الحديث ٦

عن الحسن التغلبي كما في الاستبصار - ج ٣ ص ١٤٥ - الرقم ٥٢٤ .

النصوص الدالة على ذلك ، مضافاً إلى ما عن المبسوط من أنه قد أجاز أصحابنا كلهم التمتع بالكناينة ووطءها بملك اليمين .

إلا أن النصوص جميعها كما ترى لا تفصيل في شيء منها بالدائم والمؤجل وملك اليمين الذي اختاره المصنف وغيره ، بل قيل : إنه المشهور ، بل ظاهر بعضها أو صريحه التعميم زيادة على إطلاق النكاح و التزويج الذي إن لم يكن ظاهراً في الدوام فلا ريب في تناوله لهما معاً .

ودعوى ظهور الآية (١) في المتعة - باعتبار ذكر الأجر فيها الظاهر في عوضها ، دون الدائم ، فإن عوضه يسمى بالمهر والصداق ونحوهما - يدفعها - مع أنه لا دلالة فيها على التفصيل المنافي للإطلاق ، بل هي حينئذ كأخبار المتعة - منع اختصاص لفظ الأجر في ذلك ، و منع انصرافه إليه ، بل أطلق في الكتاب والسنة على المهر باعتبار كونه عوض ملك منفعة البضع ، على أن الآية قد اشتملت على المحصنات من المؤمنات والمحصنات من أهل الكتاب، والمراد أجور الجميع ، ولا ريب في عدم اختصاص الجواز في المؤمنات بالتمتع ، واحتمال اختصاص القيد بالكتابيات يدفعه ظهور الآية في خلافه ، وخبر زرارة (٢) المشتمل على التفسير بالمتعة مع أنه منه لامن الامام عليه السلام لا يقتضي التقييد، إذ أقصاه أن مراد الامام عليه السلام في خصوص الخبر المزبور من التزويج بالمتعة .

ودعوى حمل جميع ما دل على جواز الدوام على التقييد يدفعها أن جملة من رواة تلك النصوص ممن لا يعطون من جراب النودة ، على أن فيها ما ينا في التقييد كالخبر المشتمل على كونهن ملكاً للامام ، وغيره . كل ذلك مع عدم المعارض الذي يحمل لأجله الخبر على التقييد المسقطه لحجتيه ، و عدم الاشعار في شيء منها بذلك ، كما هو المتعارف في الأخبار الواردة مورد التقييد ، والاستدلال بفعل طلحة باعتبار تقرير النبي ﷺ له عليه فلا دلالة فيه على ذلك ، كما هو واضح .

(١) سورة النساء : ٢ الآية ٢٥ .

(٢) راجع التعليقة (٣) من الصفحة (٣٨) .

وكذا المناقشة فيها - باشتمالها على اعتبار المنع من أكل لحم الخنزير وشرب الخمر ، وهو غير شرط في صحة النكاح ، ولا واجب من حيث كونها زوجة وجوبه من حيث الأمر بالمعروف خارج عما نحن فيه ، و اشتمال الآخر على اختصاص التوسعة بالشيعية ، وعلى معاملتهن معاملته الأمة في عدم جواز الجمع بين الثلاث منهن ، و عدم نكاحهن على المسلمة ، و الخيار للمسلمة لو تكحت عليهن وهي غير عالة ، وأن له الرجوع على المسلمة في عدة الفسخ لو طلق اليهودية ، وغير ذلك مما لا يلتزمه القائل بالجواز - يدفعها عدم سقوط الخبر عن الحجية بذلك ، على أن الصدوق وابنه قد أفتيا بمضمون الصحيح المشتغل على المنع من لحم الخنزير وشرب الخمر ، فلعلهما يعملان به بالنسبة إلى ذلك ، وإن كان الأقوى خلافه ، لاطلاق النصوص ، نعم لا يبعد الاستحباب المؤكد أو الوجوب مع التمكن ولو بالاشتراط في عقد النكاح ، كما أنه لا يبعد الكراهة في نكاحها على المسلمة احتراماً لها ، بل لعل الرجوع إليها بعد الطلاق دليل على عدم كون الفسخ حقيقة ، وأنها باقية على حباله ، كل ذلك بعد فرض الإجماع على عدم هذه الأحكام فيهن ، كما هو واضح ، و من ذلك كله يظهر لك أن مختار المصنف وغيره من التفصيل في غاية الضعف .

وأضعف منه اختصاص الجواز بملك اليمين كما هو ظاهر المفيد ، وكذا القول بالتفصيل بين الاضطراب وغيره في الدائم والجواز مطلقاً متعة ، فإن جميع ذلك منافي للعمومات و لما سمعته من الكتاب والسنة السالمة عن معارضة ما عدا التعميم والتخصيص إلا ما تقدم من النصوص (١) المتضمنة لنسخ آية المائدة (٢) بآية « ولا تمسكوا » (٣) وبآية « ولا تنكحوا » (٤) وقد عرفت الحال فيها وقصورها عن

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ١ و ٣ و ٧ والمستدرک

الباب ١- منها - الحديث ١ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٥ .

(٣) سورة الممتحنة : ٦٠ - الآية ١٠ .

(٤) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢١ .

المعارضة من وجوه .

وآية المحادة (١) - بعد منع كون التزويج مادة ، فانه ربما كان للمحاجة دون المحبة ، وآية « وجعل بينكم مودة ورحمة » (٢) محمولة على الغالب ، لتحقيق النشور والشقاق المنافيين للمودة قطعاً - ظاهرة في أن المراد مادة المحادة من حيث المحادة ، لتعليقها على الوصف الظاهر في العملية ، إذ المادة لا من تلك الجهة لا تكون داخلية تحت الاختيار ، فلا يتوجه النهي إليها ، ولا يصح الحمل على اللوازم ، لجواز صلة المحاد ، لقوله تعالى (٣) : « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » وقوله ﷺ (٤) : « لكل كبد حري أجر ، ولا ريب في تحريم المادة من حيث المحادة ، بل منافاتها للإيمان ، فانه ومحبة الكفر مما لا يجتمعان ، وحينئذ فالآية محمولة على ظاهرها ، ولا حاجة فيها إلى تأويل قوله تعالى : « لا تجد » بما قيل من أن المعنى لا ينبغي أن تجدوا ، فانه انما يحتاج إلى ذلك لو أريد بالمادة مطلق المحبة ، وقد عرفت فساده ، بل لعل الغرض من هذا الحكم نفي الإيمان عن الذين كانوا يدعون الإيمان و يسمرون المادة للكفار المعلنين بالكفر ، وهم المنافقون الذين كان يعرفهم النبي ﷺ بلحن القول وإنشارات الوحي ، وإنما ترك التصريح ، لأن الكناية أوفق بالبلاغة و أدعى إلى الرجوع إلى الحق ، و لما في التصريح من خشية تظاهرهم بالأمر و لحوقهم بالكفار الداعي إلى تقوية الكفر و ضعف الاسلام لكثرة المنافقين في عصره ﷺ ، ولا ريب في نقضه للغرض .

و أما آية الاستواء (٥) فهي أجنبية عما نحن فيه ، على أنها هي وغيرها من

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢٢ .

(٢) سورة الروم : ٣٠ - الآية ٢١ .

(٣) سورة لقمان : ٣١ - الآية ١٥ .

(٤) مسند أحمد ج ٢ ص ٢٢٢ وفيه « في كل ذات كبد حرا أجر » .

(٥) سورة الحشر : ٥٩ الآية ٢٠ .

الآيات معارضة لأية المائدة بالعموم الذي لا يعارض الخاص ، وأما احتمال إرادة المسلمين من « المحصنات من الذين أوتوا الكتاب » (١) فتخرج عن أصل المعارضة فيدفعه أنه مناف للظاهر خصوصاً مع المقابلة بالمحصنات من المؤمنات واتصال هذا المحكم بأحكام أهل الكتاب الثابتين على الكفر في قوله تعالى: (٢) « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل » إلى آخرها ، فانه لا ريب في أن المراد من أهل الكتاب من ثبت منهم على الكفر دون من أسلم باتفاق المفسرين - على ما قيل - والنصوص الواردة في تفسيرها ، على أن العمدة للخصم النص الدال على أنها منسوخة ، ولولاه لكان الواجب التخصيص ، وحينئذ فالأمر دائرين النسخ والتخصيص . وعلى كل حال فالمراد بالمحصنات من الذين اللاتي لم يسلمن من الكتابيات ، وقد عرفت رجحان عدم نسخها ، بل قد عرفت ما يدل على أنها ناسخة .

و أما صحيح زرارة (٣) سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهودية ولا نصرانية ، إنما يحل منهن نكاح البله ، فلم أجد عاملاً به ، نعم يحكى عن سائر أنه جوز نكاح المؤمنة والمستضعفة دوماً ومطلق الغنيمة متعة ، لكنه على كل حال قاصر عن معارضة غيره مما عرفت ، على أن قوله عليه السلام فيه: « لا يصلح » مشعر بالكراهة ، وإرادة الحرمة منه بقرينة قوله عليه السلام: « إنما يحل » ليس بأولى من إرادة ضعف الكراهة من الثاني بقرينة قوله: « لا يصلح » في الأول ، فيكون عدم البلاهة مرتبة من مراتب الكراهة التي أشرنا إليها ، وقلنا بتنزيل النصوص عليها ، للاشعار فيها بذلك من وجوه .

وقد ظهر لك من ذلك كله ضعف الأقوال الستة أو السبعة ، وأن الأقوال المفصلة منها مبنية على الجمع بلا شاهد ونحوه مما هو واضح البطلان ، و مما سمعته تعرف ما في دعوى المرتضى (ره) من الاجماع على عدم الجواز مطلقاً المتبين خلافه ، خصوصاً في المتعة وملك اليمين ، فلم يبق بحمد الله سبحانه في المسألة بعد اليوم من

(٢٠١) سورة المائدة : ٥ - الآية ٥ .

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ .

إشكال ، والحمد لله المتعال ، والله هو العالم بحقيقة الحال .
 هذا وقد قال المصنّف تبعاً لجماعة : ﴿ وكذا حكم المجوس على أشبه
 الروايتين ﴾ أي لا يجوز النكاح فيهم إلا مؤجلاً أو ملك يمين ، ففي صحيح ابن
 مسلم (١) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل المسلم أيتزوج المجوسية ؟ قال : لا ،
 ولكن إن كانت له أمة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ، ولا يطلب ولدها ،
 وخبر منصور الصيقل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « لا بأس بالرجل أن يتمتع
 بالمجوسية » ونحوه خبر أحمد بن سنان (٣) وحماد بن عيسى (٤) عن الرضا وأبي
 عبد الله عليه السلام ، فالجمع بين الصحيح المزبور وبين ما دل على عدم جواز نكاح
 المشركات والكوافر (٥) وبينها قاض بذلك ، مضافاً إلى مشابهة المتعة لملك اليمين ،
 بل وإلى ما دل على أن المجوس كتابيون - بناءً على أن حكمهم عند المصنّف
 ذلك - من مرسل الواسطي (٦) عن الصادق عليه السلام قال : « سئل عن المجوس أكان لهم
 نبي ؟ فقال : نعم أما بلغك كتاب رسول الله ﷺ إلى أهل مكة أن أسلموا وإلا
 فاذنوا بحرب ، فكتبوا إلى النبي ﷺ خذ منا الجزية ودعنا على عبادة الأوثان ،
 فكتب إليهم النبي ﷺ إني لست آخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ، فكتبوا
 إليه يريدون تكذيبه : زعمت أنك لا تأخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ، ثم أخذت
 الجزية من مجوس هجر ؟ فكتب إليهم النبي ﷺ : إن المجوس كان لهم نبي
 فقتلوه ، وكتاب أحرقوه أتاهاهم بكتبهم بكتبهم في اثني عشر ألف جلد ثور ، ونحوه

(١) الوسائل الباب ٦ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ .

(٢) ٣ و ٤ الوسائل الباب ١٣ - من أبواب المتعة الحديث ٥ - ٤ - ٥

والثالث مرسل حماد بن عيسى .

(٥) الوسائل الباب ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ و ٣ و ٧ .

(٦) الوسائل الباب ٣٩ - من أبواب جهاد العدو - الحديث ١ من كتاب

الجهاد .

المروى في محكي العلل عن أمير المؤمنين عليه السلام (١) و النبوي (٢) « منسوا بهم سنة أهل الكتاب » .

لكن قد يناقش في ذلك كله بأن مقتضى الآية والصحيح الأول عدم جواز النكاح مطلقاً غبطة و متعة ، و الأخبار الثلاثة ضعيفة لا جابر لها ، ضرورة عدم تحقق شهرة بذلك ، بل لعل الشهرة على الخلاف ، بل عن التبيان والسرائر الاجماع على ذلك ، والمرسلان فاقدان شرائط الحجية ، بل زيد في الثاني منهما « غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائهم » فيراد منهما بالنسبة إلى غير ما نحن فيه ، ففي المقنعة عن أمير المؤمنين عليه السلام (٣) أنه قال : « المجوس إنما ألحقوا باليهود و النصارى في الجزية والديات لأنه قد كان لهم فيما مضى كتاب » .

على أن المراد بأهل الكتاب من أظهر اتباعه والانقياد له ، لا من أحرقه و أعرض عنه ، بل المنساق من أهل الكتاب في مثل آية المائدة التي في محل البحث اليهود و النصارى كما لا يخفى على من تأمل موارد إطلاق هذا اللفظ ، لعدم العبرة عندنا بغير التوراة والانجيل من باقى الكتب التي هي على ما قيل نقل من الأنبياء بالمعنى ، لا أن ألفاظها نزلت من رب العزة ، أو أنها مواظ و يحوها لا أحكام ، ولعله لذلك خص أهل الكتابين ببعض الأحكام دون غيرهم ، فالذي يقوى في النظر حرمة نكاحهم مطلقاً إلا بملك اليمين .

نعم الظاهر أن السامرة - على ما قيل - قوم من اليهود يسكنون بيت المقدس و قرايا من أعمال مصر يتقشفون في الطهارة أكثر من سائر اليهود ، أثبتوا نبوة موسى وهارون و يوشع وأكروا نبوة من بعدهم رأساً إلا نبياً واحداً ، وقالوا :

(١) لم نثر على هذه الرواية في العلل بعد التتبع التام فيه و إنما روى الصدوق قده في الامالى والتوحيد عن أمير المؤمنين عليه السلام ما يدل على ان المجوس كان لهم كتاب وبث اليهم النبى وقد ذكره في الوسائل فى الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالنسب - الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو الحديث ٩٥ من كتاب الجهاد .

(٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو الحديث ٨ من كتاب الجهاد .

التوراة إنما بشرت بنبي واحد يأتي بعد موسى بصدق ما بين يديه من التوراة ويحكم بحكمها ، ولا يخالفها البتة ، وقبلتهم الطور الذي كلم الله تعالى عليه موسى ، وقالوا : إن الله تعالى أمر داود أن يبني عليه بيت المقدس ، فخالف وظلم فبناء بابليليا .

و أما الصابئون فعن أبي علي « أنهم قوم من النصاري » و عن المبسوط « أن الصحيح خلافه ، لأنهم يعبدون الكواكب » وعن التبيين ومجمع البيان « أنه لا يجوز عندنا أخذ الجزية منهم ، لأنهم ليسوا أهل الكتاب » و في المحكي عن الخلاف « نقل الاجماع على أنه لا يجري على الصابئة حكم أهل الكتاب » وعن العيني ان دينهم يشبه دين النصاري ، إلا أن قبلتهم نحو مهب الجنوب حيال نصف النهار ، يزعمون أنهم على دين نوح ، و قيل : قوم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور ، و قيل : بين اليهود والمجوس ، و قيل : قوم يوحّدون ولا يؤمنون برسول ، و قيل : قوم يقرّون بالله عز وجل ويعبدون الملائكة و يقرّون الزبور ويصلّون إلى الكعبة ، و قيل : قوم كانوا في زمن ابراهيم عليه السلام يقولون بأننا نحتاج في معرفة الله ومعرفة طاعته إلى متوسط روحاني لا جسماني ، ثم لما لم يمكنهم الافتصاح على الروحانيات والتوسل بها فزعوا إلى الكواكب ، فمنهم من عبد السيارات السبع ، ومنهم من عبد الثوابت ، ثم إن منهم من اعتقد الإلهية في الكواكب ، ومنهم من سماها ملائكة ، ومنهم من تنزل عنها إلى الأصنام .

لكن في القواعد « الأصل في الباب أنهم - أي السامرة والصابئين - إن كانوا إنما يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم ، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم الحريين » و في كشف اللثام بهذا يمكن الجمع بين القولين لجواز أن يعدّ آمنهم وإن خالفوهم ببعض الأصول ، كما يعدّ كثير من الفرق من المسلمين مع المخالفة في الأصول ، بل الأمر كذلك في غير الامامية ، وقد قيل : إنه لا كلام في عدّهما من القبيلتين ، وإنما الكلام في الأحكام .

قلت : لا ينبغي الكلام في الأحكام بعد فرض أنهم من القبيلتين ، أي اليهود والنصارى ، ضرورة تعليق الأحكام في النص والفتوى على المسمّين بهذا الاسم الذي يشملهم أهل الكتاب ، فمع فرض اتّحالهم ملكة موسى وعيسى والتوراة والانجيل وكونهم إلى ما جاء آ به جرت عليهم الأحكام ، بل الظاهر عدم العبرة فيما بينهم من الاختلاف

في الأصول في الفروع ، ضرورة تناول الاسم لهم جميعاً ، وهو مدار الأحكام .
كما أن الظاهر الاكتفاء في إثبات يهوديته مثلاً بإقراره من غير حاجة إلى العلم بالتواتر ، أو بالشياع المفيد له أو ما يقوم مقامه من شهادة العدلين وإن احتمله في جامع المقاصد ، لكن الذي يقوى خلافه ، ضرورة كونهم في ذلك كالمسلمين في أصل الاسلام وفي فرقه ، وكثيره من الأشياء التي لا تعلم إلا من قبل أصحابها ، ضرورة كونها من الاعتقادات المقبولة خبر أصحابها بالنسبة إلى جريان أحكامها من غير فرق بين ما رجع منها إليهم وبين ما رجع منها إلى غيرهم التي منها جواز نكاحهم .

نعم لأعبرة عندنا بمن تهوّد أو تنصّر بعد البعثة ، لأن كل من انتقل من الاسلام أو من دين من أديان الكفر إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي ﷺ لم يقبل منه عندنا من غير خلاف يعرف فيه إلا ما تسمعه من الشيخ (ره) بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ، بل قيل لقوله تعالى (١) : « ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه » وعموم قوله ﷺ (٢) : « من بدل دينه فاقتلوه » ولأن دينهم لنسخه لم يبق له حرمة ، خلافاً للمحكى عن الشيخ من إقرار الكتابي المنتقل إلى غير ملته إذا كان الثاني مما يقر عليه ، ناقلاً عليه الاجماع ، والأوّل أقوى وحينئذ فليس لأولادهم حرمة وإن نشؤوا على دين أهل الكتاب ولا يقرون عليه ، إذ الأولاد إنما يحترمون لاحترام آبائهم ، وكذا أولاد الوثنيين إذا نشؤوا على اليهودية أو النصرانية ، فانه في حكم الانتقال .

ولو كان التهوّد والتنصّر قبل البعثة لم يبعد القبول مطلقاً سواء كان انتقاله إلى الدين المبدل بهم أو إلى القديم ، لكن في القواعد « إن كان الانتقال قبله - أي المبعث - وقبل التبديل قبل وأقر أولادهم عليه ، وثبت لهم حرمة أهل الكتاب ، وهل التهوّد بعد مبعث عيسى كهو بعد مبعث النبي ﷺ ؟ إشكال ، وإن كان بينهما

(١) سورة آل عمران : ٣ - الآية ٨٥ .

(٢) المستدرك الباب ١ - من أبواب حد المرتد الحديث ٢ من كتاب الحدود .

فان انتقل إلى دين من بدل لم يقبل ، وإلا قبل ، ولو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل ، أو بعده ؟ أو علم و أشكل هل دخلوا في دين من بدل أولاً ؟ فلا قرب لإجراؤهم مجرى الكتابيين ، قلت : لا إشكال في القبول لعموم الأدلة الشامل لهم ، بل هو شامل لمن انتقل بين المبعث والتبديل ، خصوصاً والمبدلون في زمن النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام أكثر من غيرهم ، بل لم يكن لهم إلا الدين المبدل ، فان الاقرار بنبوته نبينا ﷺ من دينهم ، فاما أن يكونوا هم المبدلين أو الداخلين في دين المبدل و آبائهم ، بل هو شامل أيضاً للمتهود بعد مبعث عيسى عليه السلام ، فلا قوى حينئذ إجراء حكم اليهود والنصارى على هؤلاء أجمع إلا من علم تهوده بعد البعثة بناءً على عدم قبول ذلك منه لماعرفت ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ولو ارتد أحد الزوجين ﴾ عن الاسلام أو ارتدا معادفة ﴿ قبل الدخول وقع الفسخ في الحال ﴾ مطلقاً ، سواء كان الارتداد عن فطرة أو ملة ، باختلاف أجده فيه ، بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل من أهل العلم كافة في الأول على ما عن التذكرة ، لعدم جواز نكاح المسلم والمسلمة كافرة وكافراً ابتداءً واستدامةً ولو كتابياً ، لعدم إقرارهم عليه إذا كان ارتداداً ، وللمعتبرة (١) في المرتد الفطري الشاملة لصورتى الدخول وعدمه كما تسمعهما ، والخبر (٢) في الملبى المرتد تنزل عنه امرأته ، ولا تؤكل ذبيحته ، ويستتاب ثلاثة أيام ، فان تاب وإلا قتل ، وهو وإن كان خاصاً بارتداد الرجل لكن في الرياض إن ارتداد المرأة ملحق به ، للاجماع المركب ، نعم قد يناقش بظهوره فيما بعد الدخول ، أللهم إلا أن يقال : إن ما قبل الدخول أولى فتأمل .

كما أنه قد يناقش في الفسخ بردتها دفعة ، ولعله لا طلاق مادل على ذلك

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب حد المرتد - الحديث ٢ و ٣ من كتاب الحدود

والباب ٦- من موانع الارث - الحديث ٤ و ٥ من كتاب الارث .

(٢) الوسائل الباب ٣- من أبواب حد المرتد الحديث ٥ من كتاب الحدود .

من امر" أو معقد إجماع ، بل قد يقال : إن المرتد" مطلقاً وإن كان مليئاً لا يصح" نكاحه ابتداءً ولا استدامةً ولو لكافرة كنايةً أو غيرها ، وكذا المرتدة ، لأنه بعد أن كان حكمه القتل ولو بعد الاستتابة صار بحكم العدم الذي لا يصح" نكاحه ، وكذا المرأة ، فإن حكمها السجن والضرب أوقات الصلاة حتى تتوب أو تموت ، ومن هنا قال في الدروس : « و تمنع الردة صحة النكاح لكافرة أو مسلمة » ، وقال أيضاً : « ولا يصح تزويج المرتد" والمرتدة على الإطلاق ، لأنه دون المسلمة وفوق الكافرة ، ولأنه لا يقر على دينه ، والمرتدة فوقه ، لأنها لا تقتل » ، قلت : ومن ذلك يظهر لك الوجه في المرتدين دفعة ولو عن ملة ، مضافاً إلى دعوى الإجماع وإطلاق ما دل" على اليقونة بالارتداد الشامل لحالي ارتداد الآخر وعدمه ، بل يظهر لك الوجه في الانقاسح حتى لو كانت الزوجة كنايةً والزواج مرتداً مليئاً عن ذلك المنصف من الكتابي ، كما هو واضح .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿يسقط المهر إن كان من المرأة﴾ بلا خلاف أجده فيه لأن الفسخ جاء من قبلها ، ولأن المعاوضة انفسخت قبل التقابض ﴿و﴾ ونصفه إن كان من الرجل ﴿تنزيلاً﴾ للفسخ بارتداده منزلة طلاقه المنصف للمهر قبل الدخول سواء كان لمستى أو لمهر مثل ، وفيه أن الأصل يقتضي وجوب المهر للعقد المسبب لذلك ، وخروج الطلاق بدليل خاص لا يقتضي التعدي بعد حرمة القياس عندها ، ومن هنا صرح غير واحد بوجوب الجميع عليه ، خصوصاً في الارتداد الفطري المنزل المرتد (١) منزلة الميت ، وستعرف أن الموت قبل الدخول يوجب الجميع ، اللهم إلا أن يقال : إن الأصل في الفسخ أو ما يقوم مقامه رد" كل عوض إلى صاحبه كالأقالة في البيع ، فمع فرض عدم الدخول لم يكن لها عليه شيء ، لعدم التقابض ، لكن ثبت في الطلاق النصف للدليل ، و ألحق به كل" فسخ جاء من قبله بوجوب

(١) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة والصحيح (للمرتد) كما هو كذلك في المسودة

التي هي بخط المصنف طاب ثراه .

النصف ، للإجماع عليه ، كما قد أشرنا إلى ذلك في الرضاع ، فلاحظ وتأمل .
 ﴿و﴾ كيف كان ﴿لموقع﴾ الارتداد ﴿بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء
 العدة﴾ من غير فرق في وقوعه ﴿من أيتهما كان﴾ بل ومن غير فرق في ارتداد
 الزوجة بين الفطري والمكلى ، نعم يعتبر في الزوج أن يكون عن ملة لما ستعرف أنه
 لا انتظار للفطري ، وحينئذ فإن رجع أو رجعت قبل انقضاء العدة كانت زوجته
 وإلا انكشف أنها بانت من أول الارتداد ، كما أنه ينكشف بالاسلام منها أن مثل
 هذه الردة غير مائعة وأن النكاح باق ، لما ستعرفه من النصوص (١) الدالة على ذلك
 في نكاح الكفار إذا أسلموا ، بل هو ظاهر العزل في الخبر السابق (٢) بل منها يعلم
 أن الرجوع إلى الزوجية بالاسلام قهرى لا حاجة فيه إلى قول : « رجعت » ونحوه
 كالمطلقة ، فما في خبر الحضرمي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « إذا ارتد الرجل المسلم
 عن الاسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثاً ، وتعتد منه كما تعتد المطلقة
 فان رجع إلى الاسلام وثاب قبل أن تنزوج فهو خاطب ، ولا عدة عليها منه له ، وإنما
 عليها العدة لغيره ، فان قتل أو مات قبل انقضاء العدة اعتدت منه عدة المتوفى عنها
 زوجها ، وهي ثرته في العدة ، ولا يرثها إن ماتت وهو مرتد عن الاسلام » محمول
 على الرجوع بعد العدة ، كما أنه يحمل ما فيه من التشبيه بالمطلقة ثلاثاً على إرادة
 عدم الرجوع له وهو كافر ، بل تبين عنه في هذا الحال بينونة تامة .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لا يسقط شيء من المهر﴾ قطعاً ﴿لا استقراره بالدخول﴾
 هذا كله في المرتد عن ملة .

﴿و﴾ اما ﴿إن كان﴾ أي ﴿الزوج ولد على الفطرة فارتد﴾ انفسخ النكاح في
 الحال وإن كان بعد الدخول ، لأنه لا يقبل عوده ﴿بالنسبة إلى ذلك بلا خلاف﴾ بل

(١) الوسائل الباب ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر .

(٢) الوسائل الباب ٣- من أبواب حد المرتد الحديث ٥ من كتاب الحدود .

(٣) الوسائل الباب ٦- من أبواب موانع الاثر الحديث ٢ من كتاب المواريث

الاجماع بقسميه عليه ، قال الساباطي (١) : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام وجحد رسول الله صلى الله عليه وآله نبوته وكذب به فان دمه مباح لمن سمع ذلك منه ، و امرأته بائنة منه يوم ارتد ، ويقسم ماله على ورثته ، وتعتمد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها ، وعلى الامام أن يقتله ولا يستتبهه ، وقال ابن مسلم (٢) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد ، فقال : من رغب عن الاسلام وكفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وآله بعد إسلامه فلا توبة له ، وقد وجب قتله ، و بانه منه امرأته ، و يقسم ماترك على ولده ، وقد تقدم في كتاب الطهارة (٣) تمام البحث في قبول توبته باطنياً مفصلاً ، فلا حظ و تأمل ، والله العالم .

﴿ وإذا أسلم زوج الكتائية فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده ﴾
بلا خلاف أجده ، بل في المسالك وغيرها الاجماع عليه ، بل ولا إشكال على المختار من جواز نكاح المسلم الكتائية ابتداءً فضلاً عن الاستدامة ، بل وعلى غيره لضعف الاستدامة عن الابتداء ، ولما عرفت من الاجماع المعتضد بنفي الخلاف ، وخبر العبيدي عن يونس (٤) قال : «الذمي تكون له المرأة الذمية فتسلم امرأته قال : هي امرأته يكون عندها بالنهار ولا يكون عندها بالليل ، قال : فان أسلم الرجل ولم تسلم المرأة يكون الرجل عندها بالليل والنهار ، ولحسن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن ابن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام « إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة

(١ و ٢) الوسائل الباب ١ - من أبواب حد المرتد - الحديث ٣ - ٢ من كتاب الحدود .

(٣) الجزء الاول ص ٢٢٠ .

(٤) الوسائل الباب ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٨ مع الاختلاف ورواه بعينه في الكافي ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٥) الوسائل الباب ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٥ رواه عن الكليني باسناده عن ابراهيم بن هاشم ، عن بعض أصحابه ، عن محمد بن مسلم و في الاستبصار ج ٣ ص ١٨٣ الرقم ٦٦٣ عن ابن أبي عمير ، عن بعض أصحابه ، عن محمد بن مسلم .

إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما ، وليس له أن يخرجها من دار الاسلام إلى غيرها ، ولا يبیت معها ، ولكنه يأتيها بالنهار ، وأما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدة فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته ، وإن لم تسلم إلا بعد انقضاء العدة فقد باءت منه ولا سبيل له عليها ، وكذلك جميع من لا ذمة له ، وما في صحيح ابن سنان (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن رجل هاجر وترك امرأته في المشركين ثم لحقت به بعد أيامها بالنكاح الأول أو تنقطع عصمتها منه ؟ قال : يمسكها وهي امرأته » .

ولا إطلاق هذين الحق الشيخ المجوسية في هذا الحكم ، لكن ينافيه خبر منصور بن حازم (٢) « سأل الصادق عليه السلام عن رجل مجوسي كانت تحته امرأة على دينه فأسلم أو أسلمت ، قال : ينتظر بذلك انقضاء عدتها ، وإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما الأول ، وإن هو لم يسلم حتى تنقضي فقد باءت منه ، ونحوه خبر آخر له عنه عليه السلام (٣) ومن هنا جعلها في محكمي الخلاف والمبسوط كالوثنيين ، لكن يمكن حملهما على من لم يكن له ذمة بل كان في دار الحرب ، كما عن الشيخ في الكتابية وإن تختص البيئونة بما إذا أسلمت دونه ، فانه الذي نص عليه آخرأ ولا ينافيه التعميم أولاً ، إلا أنهما معاً كما ترى ، فلا أقوى حينئذ عدم الإلحاق .

﴿ ولو أسلمت زوجته قبل الدخول افسخ العقد ﴾ لحمة تزويجها بالكافر ولو استدامة ، فان الله لم يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً (٤) ﴿ و ﴾ لصحيح

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ١ .

(٢) و (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٣ والثاني

بطريق الكليني (قده) .

(٤) سورة النساء : ٢ - الآية ١٢١ .

ابن سنان (١) عن الصادق عليه السلام : « إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الاسلام فرق بينهما » الحديث .

نعم ﴿ لا مهر لها ﴾ لأن الفسخ جاء من قبلها ، وفي صحيح ابن الحجاج (٢) عن أبي الحسن عليه السلام : « في نصراني تزوج نصرانية فأسلمت قبل أن يدخل بها ، قال : قد انقطعت عصمتها منه ، ولا مهر لها ، ولا عدة عليها منه » لكن في الحسن كما في صحيح (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام في مجوسية أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : أسلم فأبى زوجها أن يسلم ، ففرض لها عليه نصف المداق ، وقال : لم يزدها الاسلام إلا عزاً ، إلا أتتني لم أجد عاملاً به .

﴿ وإن كان ﴾ إسلامها ﴿ بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة ﴾ فان أسلم فيها فهي امرأته وإلا بان أنها بائنة منه بإسلامها ، وفاقاً للأكثر ، بل المشهور ، لنفي السبيل (٤) وللنصوص السابقة (٥) مضافاً إلى صحيح البيهقي (٦) «سأل الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم ، يحل لها أن تقيم معه ؟ قال : إذا أسلمت لم تحل له ، قلت : جعلت فداك فان الزوج أسلم بعد ذلك أ يكونان على النكاح ؟ قال : لا إلا بتزويج جديد » خلافاً للشيخ في نهايته والمحكي من كتابي الأخبار له ، لمرسل ابن أبي عمير (٧) السابق ، ومرسل جميل بن دراج (٨) عن أحدهما عليه السلام قال : « في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث

٤ - ٦ - ٧ .

(٣) سورة النساء : ٢ - الآية ١٤١ .

(٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ و ٥ .

(٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥ .

(٧) راجع التعليقة (٥) من صفحة (٥٠) .

(٨) (الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١)

امراته و لم يسلم ، قال : هما على نكاحهما ، ولا يفرق بينهما ، ولا يترك يخرج بها من دار الاسلام إلى الهجرة . وإليه أشار المصنف .

﴿ و قيل : إن كان الزوج بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً ، غير أنه لا يمكن من الدخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها ﴾ و في بعض النسخ زيادة ﴿ نهاراً ﴾ لكن الموجود في النهاية ما هذا لفظه « وإذا أسلمت زوجة الذمي و لم يسلم الرجل و كان الرجل على شرائط الذمة فإنه يملك عقدها ، غير أنه لا يمكن من الدخول إليها ليلاً ، ولا من الخلوة بها ، ولا من إخراجها من دار الهجرة إلى دار الحرب ، إلى آخره ، و في محكي السرائر « قول الشيخ مما يضحك الشكلى ، إن كانت زوجته فلا يحل أن يمنع منها ، ثم إن منع منها و من الدخول إليها كانت نفقتها ساقطة ، لأنها في مقابلة الاستمتاع و هو لا يتمكّن منه ، فتسقط عنه » قلت : قد سمعت خلوا الخبرين المزبورين اللذين هما مستند الشيخ عن جواز الوطء و عدمه ، وما في أدلتهما من عدم المبيت عندها لادلالة فيه على ذلك ، خصوصاً بعد قوله عليه السلام : « و يأتيها نهاراً ، و على تقدير أن الشيخ (ره) فهم ذلك منه يتخرّج له ما ذكره ، ولا استبعاد بالعقوبة له بذلك ، ولا تسقط النفقة عنه ، لأن الامتناع من الوطء لتقصيره بعدم الإسلام الذي قد فرض اشتراط جواز الوطء به ، كالخلو من الحيض مثلاً .

و الأمر سهل بعد ضعف القول في نفسه ، وأن الشيخ (ره) إنما ذكره في الكتب الثلاثة التي لم تعد للفتوى ، ولذا رجع عنه في المحكي من خلافه و مبسوطه ، على أن الخبرين فاقدان لشرائط الحجية بالارسال و الضعف بعلي بن حديد ، و مرسل (١) جميل فضلاً عن أن يعارضاً تلك الأدلة المعمول بها من خبري منصور وغيرهما . ﴿ و ﴾ من ذلك كله بان لك أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بقواعد الفن .

هذا و في المسالك وغيرها « إنه لا فرق على قول الشيخ بين حالي الدخول

(١) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة والصحيح « في مرسل ... » كما هو كذلك في

المسودة التي هي بخط المصنف طاب ثراه .

وعدمه ، لا طلاق دليله ، قلت : قد يفرق الشيخ بينهما لصحيح ابن الحجاج (١) المتقدم ولعلته لذا ظهر من بعضهم أن محل خلافه (ره) فيما بعد الدخول ، والله العالم . هذا كله في إسلام زوج الكتائية وإن لم يكن هو كتابياً ، وفي إسلام زوجة الكتابي وإن لم تكن هي كتابية .

﴿ وأما غير الكتائيتين ﴾ أي أن الزوج والزوجة غير كتابيتين ﴿ والعلم بهما ان ﴾ إسلام أحد الزوجين موجب لانفساخ العقد في الحال إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة ﴿ بلا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال أصلاً ﴾ (٢) وفتوى ، بل لعل الاتفاق نقلاً وتخصيلاً عليه .

﴿ ولو انتقلت زوجة الذمي إلى غير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ في الحال ولو عادت إلى دينها ، وهو بناء على أنه لا يقبل منها ﴾ بعد البعثة ﴿ إلا الإسلام ﴾ لقوله تعالى : (٣) « ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه » والنسبوى (٤) « من بدل دينه فاقتلوه » من غير فرق بين المدخول بها وغيرها ، وفي المنتقلة منه وإليه بين كونه ممن يقر عليه أهله أولاً ، وحينئذ ، فلو أسلمت هي بعد ذلك أو أسلم هو أو أسلما معاً لم يكن بينهما نكاح وإن كان ذلك قبل انقضاء العدة ، لحصول الفسخ قبل الإسلام .

لكن لا يخفى عليك ما في هذا الحكم من الاشكال ، ضرورة عدم الاعتراض لنا على نكاح أهل الذمة فيما بينهم ، فمع فرض جواز ذلك عندهم لم يكن وجه لفسخ النكاح ، وعدم إقرارها على الدين الجديد لا ينافي بقاء النكاح ، وكذا عدم قبول رجوعها إلى دينها الأول ، اللهم إلا أن يدعى أن الحكم بوجوب القتل يستلزم انفساخ النكاح كما سمعته في المرتد ، وهو كما ترى ، على أن وجوب

(١) الوسائل الباب ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر - الحديث ٢ و ٣ و ٥ و ٦ .

(٣) سورة آل عمران : ٣ - الآية ٨٥ .

(٤) المستدرک الباب ١- من أبواب حد المرتد الحديث ٢ من كتاب الحدود .

القتل إن لم تسلم ، فلا أقل حينئذ من أن تكون كالمرأء الملى الذى لا ينفسخ نكاحه للمسلمة مثلاً بعد الدخول إلا بعد عدم إسلامه إلى انقضاء العدة .

و الذى يقوى في نفسى أن عبارة المتن كانت « زوجته الذمية » أي زوجة المسلم الذمية ، نحو ما فرضه العلامة في المحكى من تذكره من انتقال الكتابية زوجة المسلم إلى التوثن ، و اما التغيير من النساخ ، والحكم فيه حينئذ كما ذكر مع فرض بقائها على الكفر إلى انقضاء العدة و إلا فلو أسلمت فيها كانت زوجة له مع الدخول بخلاف ما لو بقيت ، ضرورة عدم جواز نكاح المسلم ابتداءً واستدامة غير الكتابية ، والفرض خروجها عن ذلك إلى ما لا يقبل منها ولو ملة كتابية ، كعدم قبول دينها الأول منها ، فيتعين الفسخ حينئذ .

لكن يبعثه فرض هذه المسألة في محكى الخلاف على نحو ما هو موجود هنا ، بل وفي القواعد أيضاً قال فيها : « ولو انتقلت الذمية إلى ما لا يقر أهل عليه فان كان قبل الدخول فسد ، و بعده يقف على الانقضاء ، فان خرجت و لم يسلم الزوجان فسد العقد ، وإن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقياً إن رجعت في العدة ، ولو انتقلت إلى ما يقر أهل عليه فكذلك إن لم نقرها عليه ، و إلا كان النكاح باقياً ، ولو انتقلت الوثنية إلى الكتابية و أسلم الزوج فان قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق ، و إلا وقف على الانقضاء بعد الدخول ، و قبله يبطل ، فان قوله في القسم الأول : « ولم يسلم الزوجان » يقتضى أن الزوج غير مسلم ، فيلزم منه أن الذمية تحت الذمي إذا توثنت ينفسخ النكاح في الحال إن كان ذلك قبل الدخول .

و في كشف اللثام إنه أطلق في التحرير فساد العقد في الحال إذا انتقلت الذمية زوجة الذمي إلى غير دينها من ملل الكفر بناء على أنه لا يقبل منها إلا الاسلام حتى الرجوع إلى دينها ، فيمكن تقييد ذلك منهم بما إذا لم يكن النكاح مع ذلك صحيحاً عندهم ، أو يكون المراد انفساخ النكاح وإن لم يجب التفريق ، بمعنى أن الذمي حكمه حكم المسلم في الصحة والفساد ، وإن أقر على ما عقده فحينئذ إذا كان

متزوجاً ذميمة مثلاً كان نكاحه صحيحاً في نفس الأمر بناءً على جواز نكاح المسلم لها ، فإن انتقلت إلى غير دينها انفسخ نكاحه كالمسلم ، وإن وجب إقراره عليه مع فرض صحته في دينه ، لكن ذلك لا ينافي حرمة الوطء عليه مثلاً ، ومرجع ذلك إلى أن الردة من الباطل إلى الباطل تفسخ النكاح مع استمرارها ، كالردة من الحق إلى الباطل ، حتى في الكفار بعضهم مع بعض ، للشركة معنا في الفروع وإن أقروا عليه مع فرض الصحة عندهم ، ومن ذلك كله ظهورك الحكم في جميع أقسام المسألة في الذميمة إذا كانت زوجة لمسلم أو ذمي وقد انتقلت إلى غير دينها .

﴿ وإذا أسلم الذمي ﴾ أو غيره ﴿ على أكثر من أربع من المنكوحات ﴾ الكتابيات ﴿ بالعقد الدائم استدماً أربعاً من الحرائر أو أمتين وحرّتين ﴾ أو ثلاث حرائر و أمة إن جاز ابتداء نكاح الأمة مع الجبرة و جاز نكاح أمتين ، لا ولوية الاستدامة منه ، بل عن المبسوط والتذكرة ظهور الاتفاق على جوازها وإن كان قد يشكّل إن لم يتم الاجماع باطلاق دليل المنع على حسب غيره من الممنوع الذي يعتبر في الإقرار عليه بعد الاسلام جواز الابتداء ، بمعنى ملاحظة الاستدامة ابتداء فيعتبر فيها ما يعتبر فيه .

﴿ ولو كان عبداً استدماً حرّتين أو حرّة وأمتين ﴾ أو أربع إماء ﴿ وفارق سائرهن ﴾ من غير فرق في ذلك كله بين ترتب عقدهن وعدمه ، وبين اتحاده وتعددده ، وبين دخوله بهن وعدمه ، وبين الأوائل والأواخر ، لعموم أدلة الاختيار . وللعمامة قول بانفساخ نكاح الجميع مع اتحاد العقد ، كالقول بانفساخ نكاح الأواخر ، وفيه أنه مناف لقاعدة الإقرار بالمقتضية لعدم وجوب الفحص والبحث عن كيفية وقوع نكاحهم ، لأن الأصل الصحة والبراءة من الفحص ، ولأن كثيراً من الكفار أسلموا على عهدهم ﷺ مع أزواجهم ، فأقرهم على نكاحهم من غير استفعال .

نعم لو علم أن نكاحهم مشتمل على مقتضى الفساد استدماً أيضاً كنكاح إحدى المحرّمات عيناً أو جمعاً أجرى عليه حكم الاسلام ، ولذا روى (١) عن

النبي ﷺ د أن فيروز الديلمى لما أسلم عن أختين قال له النبي ﷺ : اختر إحداهما ، إذ عنوان الحرمة في الجميع لافرق فيه بين الابتداء و الاستدامة ، و لذا يبطل النكاح بالأمومة العائدة بالرضاع ، و البنت كذلك ، و الجمع بالأختين العائدة به ، وهكذا . و من ذلك على الظاهر الجمع بين الأمة و الحرة ، اللهم إلا أن يثبت ما سمعته من الاجماع إلا مع عدم بقاء المفسد ، فالظاهر إقرارهم عليه مع صحته عندهم وإن كان فاسداً عندنا ، فضلاً عن الصحيح عندنا وإن كان فاسداً عندهم ، كما لو اعتقدوا اباحة النكاح الموقت من غير مهر أو العقد في العدة و أسلما بعد انقضائها أو جواز شرط الخيار مدة و أسلما بعد انقضائها بخلاف ما إذا أسلما و العدة أو مدة الخيار باقية ، فإن المانع حينئذ موجود ، فيجرى عليه حكم المسلمين دون الأول الذي قد مضى فيه المفسد في زمن الكفر المقرين عليه و منه نكاح الأزيد من أربع ، فإن المفسد كان في زمن الكفر المقر عليه ، فشارك العقد السابق في استدامة الصحة ، ولذا كان له الخيار في إمساك الأول وائل و الآخر ، ضرورة كونهن بالنسبة إليه كثر من الخمر الذي أسلم عليه ، فانه لا إشكال في ملكيته عليه وإن كان هو أثر العقد الفاسد ، إلا أن المفسد لم يكن موجوداً حال الاستدامة ، نعم الزيادة على الأربع ممنوعة ابتداءً و استدامةً ، فلذا كان له الخيار من غير فرق بين الجميع ، فتأمل جيداً ، وربما يأتي له تنمة .

و كيف كان فلا يشترط إسلامهن لما عرفت من جواز ابتداء نكاح الكتابية ، نعم لو كنّ وثنيات انفسخ مع عدم الدخول ، و معه انتظر إسلامهن في العدة ، ولو أسلم معه أربع من ثمان كان له اختيار الكتابيات ، لا طلاق دليل التخيير ، ولأن الإسلام لا يحرمهن عليه ، ولا يوجب نكاح المسلمات ، نعم الأولى له اختيار المسلمات ، لشرفهن ، و ليس للمرأة المتزوجة في الكفر بزوجين اختيار أحدهما إذا أسلما ، بل يبطل عقدهما معاً مع الاقتران ، و الثاني خاصة مع الترتيب و إن اشتبه فالقرعة أو البطلان أو الإيقاف أو الالتزام بالطلاق أو نحو ذلك مما تقدم في نظائره .

وعلى كل حال فلا مهر للزائد مع عدم الدخول ، ومهر المثل معه إن قلنا بعدم

الصحة للعقد الزائد من أصله ، وإن الاختيار لمن عداها كادف عن ذلك ، وأما إن قلنا بصحته على الكل بناءً على صحته نكاحهم ، وإن الاختيار هو المبطّل له عن غير المختار فينبغي أن يثبت المسمى بالدخول ، ونصفه أو كله مع عدم الدخول ، كما هو واضح .

﴿ ولو لم يزد عدد من ﴾ بعد إسلامه ﴿ على القدر المحلل له ﴾ لو كان مسلماً ﴿ كان عقد من ثابته ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ وليس للمسلم إجبار زوجته الذميمة ﴾ مثلاً ﴿ على الفسل ﴾ من الحيض فضلاً عن غيره ﴿ لأن الاستمتاع ممكن من دونه ﴾ بناءً على الأصح من عدم اشتراط الوطء به ، و ذمتهم تمنع من إجبارهم على ما ليس في دينهم ، نعم قد ذكر غير واحد من الأصحاب إن له إجبارها عليه بناءً على اشتراط جواز الوطء به وإن كان فاسداً ، لعدم صحته منها ، وفيه منع حصول الشرط حينئذ بذلك ، بل المتبعة استمرار الحرمة عليه حتى تؤمن ، ضرورة عدم رفع حكم حدث الحيض المفروض منه بالفسل الفاسد ، ودعوى قيامه مقام الصحيح في ذلك محتاجة إلى دليل يدل عليه .

﴿ ولو اتصفت بما يمنع من الاستمتاع ﴾ ألزمت بالمنع منه كالمسلمة ، بل لا يبعد مع كونه مانعاً لكماله باعتبار أنه ينفره ﴿ كاللتن الغالب ، و طول الأنظار المنفر ﴾ ونحو ذلك ﴿ كان له إلزامها بازالتها ﴾ أما إذا كان مانعاً للكمال لا للنفرة بل لعدم حصول داع إلى هيجان الشهوة معه ففي تسلطه على إلزامها بازالتها إشكال ﴿ وله منعها من الخروج ﴾ من منزله ﴿ إلى الكنائس و البيع ﴾ كالمسلمة إلى المساجد و نحوها ، لمنافاته للاستمتاع ﴿ كما له منعها من ﴾ مطلق الخروج من منزله ﴿ ولو إلى دور أهلها و أرحامها .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ له منعها من شرب الخمر و أكل لحم الغنزير و استعمال النجاسات ﴾ لقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن وهب (١) الذي سأل فيه عن تزوج

النصرانية واليهودية : « إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير ، وفي كشف اللثام تعليله مع ذلك بالنفرة ، كما أن فيه عن المبسوط إن قدر ما يسكر له منعها ، والقدر الذي لا يسكر قيل : فيه قولان ، وإن أكلت لحم الخنزير قيل : فيه قولان ، أقواهما أنه ليس له ذلك ، أي زوجة كانت ، مسلمة كانت أو مشركة بل فيه عنه أنه قوي عدم المنع له عما ينقص الاستمتاع من استعمال النجاسات التي هي كذلك ، ومن أكل الثوم والبصل والكراث ونحوها وإن كان هو كما ترى .

نعم قد يشبه الاشكال في غير المنفسر ، وغير المانع أو المنقص من الاستمتاع ولو كان شرب خمر وأكل لحم خنزير واستعمال نجس ، ضرورة عدم الدليل على ذلك من حيث الزوجة والصحيح المزبور لا دلة فيه على ذلك ، فانه ليس له ذلك في المسلمة فضلاً عن الذمية التي لا تجبر على ما هو غير مناف لدينها ، كما أن الظاهر منه أيضاً عدم شرطية حل النكاح بذلك وإن كان ربما يتوهم إلا أنه يجب حمله على ضرب من التدب أو نحوه ، لا طلاق النص والفتوى ، والله العالم .

﴿ المقصد الثاني ﴾

﴿ في كيفية الاختيار ﴾ الذي لم نعتز على التعبير عنه بلفظه في شيء من نصوصنا ، نعم في شرح الارشاد لبعض فضلاء المخالفين إن النبي ﷺ قال لغيلان ابن سلمة لما أسلم ونحته عشر نسوة (١) : « اختر أربعاً وفارق سائرهن » قال : رواه ابن حبان بهذا اللفظ ، ورواه الشافعي والترمذي وابن ماجه ، وصححه الحاكم وغيره في ألفاظهم خصوصاً المخالفين « أمسك أربعاً وفارق سائرهن » ، وهو أشهر في كتب الفقه ، قلت : وهو كذلك ، وهو وإن كان بمعنى الاختيار إلا أنه لا يوجب البحث عن كيفية الاختيار و عما يتحقق به مفهومه وغير ذلك مما أطالوا به في هذا المقام الذي هو ليس أولى من غيره ، بل لعل استقصاء البحث فيه في بحث الخيار أولى من

ذلك ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ هو ﴾ يتحقق ﴿ إما بالقول الدال على الإمساك ﴾ صريحاً ﴿ كقوله : « اخترتك » أو « أمسكتك » أو ما أشبهه ﴾ أو « اخترت نكاحك » أو « أمسكته » ونحو ذلك من الألفاظ الدالة عليه صريحاً من أي لغة كانت وعن بعض الشافعية إن ما لم يذكر فيه لفظ النكاح كناية ، وحكى عن الرافعي بل هو ظاهر الشهيد منافي المسالك ، وضعفه واضح ، نعم من الكناية ما يدل على فسخ من عدا المختارات ، فانه يلزمه حينئذ نكاح المختارات ، ونحو قوله : « أريد كن » أو « لا أريد كن » و الأمر سهل بعد فرض استواء الجميع في ترتب الحكم ، فان احتمال اعتبار صراحة اللفظ هنا كالعقود والایقاعات بناءً على ذلك فيها بعيد وإن أمكن تقرير ما استدلوا به على ذلك هناك هنا ، إلا أن الظاهر إمكان تحصيل الإجماع على خلافه هنا ، ولعله لصدق إمساك الأربع بذلك كله ، بل ستعرف ثبوته ، بالفعل فضلاً عن القول ، بل إن لم يكن اجماعاً أمكن دعوى ترتب الحكم عليه بالمعنى النفساني الانشائي وإن لم يذكر بما يدل عليه من قول أو فعل ، على حسب ما احتمل في تحقق الرضا فيما اعتبر به فيه بذلك ، وقوله ﴿ (١) ﴾ : « انما يحلل الكلام ويحرّم الكلام » إنما يراد به في العقود والایقاعات المعهودة ، دون ما كان من توابع العقود مثلاً ، كالرضا والخيار والاختيار ونحو ذلك ﴿ ولو رتب الاختيار ثبت عقد الأربع الأول واندفع ﴾ عقد ﴿ البواقي ﴾ لاستيفائه العدد بما سبق من اختياره كما هو المفروض ، ولو حصر اختياره في ستة مثلاً أو خمسة اندفع عقد غيرهن ، و كان بمنزلة ما اختار فراق إحداهن مثلاً ﴿ ولو قال لما زاد على الأربع : « اخترت فراقكن » اندفعن و ثبت نكاح البواقي ﴾ وإن لم يحصل منه إنشاء بقاء نكاحهن ، ضرورة عدم الملازمة بين اختيار فراق ما زاد وبين ذلك ، إلا أن العقد الأول بعد فسخ الزائد مقتض تام في بقاء نكاحهن ، ومنه يعلم عدم توقف بقاءه على إنشاء الاختيار النفساني ، فلا حاجة إلى تكلف دلالة ذلك عليه بالكناية

كفي يناقش بفرض الفغلة ونجوها ، بل و بعدم الملازمة بين القصدين ، فان اختيار فراق ما زاد على الأربع يلزمه بقاء الأربع لا قصد بقاء الأربع الذي هو معنى الاختيار كما هو واضح ، و لو قصد بالفراق الكناية عن الطلاق و قلنا إن الكناية عنه مثله في الدلالة على النكاح كما ستعرفه ثبت عقد المراء طلاقهن" ، ولن يقع بهن طلاق ، و انتهى نكاح غير هن" ، فينعكس الحكم حينئذ ، وإن لم نقل بذلك لم يكن ثم اختيار .

﴿ ولو قال لواحدة ﴾ مثلاً ﴿ طلقك ﴾ صح نكاحها وطلقت ، وكانت من الأربع ، ولو طلق أربعاً اندفع البواقي ﴾ بالشرع ﴿ و ثبت نكاح المطلقات ثم طلقن بالطلاق ، لأنه لا يواجه به إلا الزوجة ، إذ موضوعه إزالة قيد النكاح ﴾ فهو حينئذ جزء مفهومه ، و لازمه لزوماً بيننا ، فإثباته يستلزم اثباته ، خلافاً لما عن بعض من عدم كونه معيناً للنكاح في وجهه ، لقوله ﷺ لغيروز الديلمي (١) وقد أسلم على اختين : « طلق أيتهما شئت » فلو كان الطلاق تعييناً للنكاح لكان ذلك تعييناً لنكاحهما عليه ، و فيه أن المراد من الطلاق فيه الفراق مجازاً .

نعم قد يناقش ذلك بأن وقوع الطلاق صحيحاً يستلزم ثبوت النكاح ، لأن (٢) قصد الطلاق يستلزم قصد اختيار النكاح ، ضرورة إمكان قصد معنى الطلاق في الأجنبية وإن لم يقع صحيحاً ، فدعوى لزوم قصد الطلاق لقصد النكاح على وجه يتحقق به إنشاء الاختيار محل منع ، ومن ذلك يعلم أنه لو طلق جاهلاً بعدم حاجة فراقهن إلى طلاق فأوقعه بقصد إرادة المفارقة لهن وبقاء نكاح غيرهن كان في الحقيقة دالاً على اختيار ما عداهن ، أللهم إلا أن يقال في الفرض : إنه لما أنشأ طلاقهن ، دل ذلك على أنه قد اختار نكاحهن ثم أنشأ طلاقهن باعتبار معلومية عدم طلاق غير الزوجة ، فيحكم عليه بحسب ما وقع منه من الطلاق المحمول على الوجه الصحيح المتوقف صحته على كونه قد

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٤ .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة ، والصحيح « لا أن قصد الطلاق يستلزم ... » كما هو كذلك في المسودة التي هي بخط المصنف طاب ثراه .

اختار نكاحهن، إلا أنه هو - مع كونه غير مسمعة من تقرير الدلالة - قد يناقش فيه بإمكان منع الظهور هنا، لإمكان الاشتباه فيه بالاكْتفاء فيه بعلاقة الزوجة، فلا ظهور حينئذ على كونه اختار قصد النكاح ثم قصد الطلاق.

مضافاً إلى إمكان منع تحقق الاختيار بمجرد الانشاء باطنا من دون دلالة عليه ولو فعلاً كما أومأنا إليه سابقاً وفي الفضولي وإن كان الأقوى خلافه، وإلى عدم اختصاص الدعوى بالطلاق الصحيح، بل ظاهرهم ثبوت الاختيار به وإن كان الطلاق فاسداً بعدم الشاهدين أو الصيغة أو غير ذلك، بل ظاهر بعض و صريح آخر ثبوته به وإن وقع معلقاً، فأنه وإن لم يقع طلاق لكنّه على كلامهم دال بالكناية على الاختيار، وليس تعليقه تعليق له، بل لعل قول المصنف: «ولو قال لواحدة» إلى آخره من ذلك أيضاً بناءً على عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ، فتأمل جيداً.

﴿و﴾ ربما ألحق الفسخ بالعيب بالطلاق في الدلالة على الاختيار على الوجه الذي عرفت نعم ﴿الظهار والايلاء ليس لهما دلالة على الاختيار﴾ كما صرح به غير واحد من العامة والخاصة ﴿لأنه قد يواجه به غير الزوجة﴾ بل لعل الأجنبية أليق بهما من الزوجة، وإن كان لكل منهما أحكام مخصوصة لو خوطب بهما الزوج (١) إلا أن ذلك لا يقضي بالاختيار، وبه فرقوا بينهما وبين الطلاق الذي جزء مفهومه النكاح أو لازمه لزوماً بيننا.

لكن قد يشكك ذلك بما سمعته سابقاً من أن مفهومه إزالة قيد النكاح لا اختياره، بل لا تلازم بين معنى اللفظ في نفسه وبين وقوعه، فالطلاق لو وقع بالأجنبية كان له معنى، لكنه لا يؤثر أثراً، فوقع النكاح حينئذ شرط تأثيره لأن أصل المعنى موقوف على حصول النكاح، وبأنه كما لا يتحقق معنى الطلاق خارجاً إلا في الزوجة كذلك الظهار والايلاء أيضاً وإن كانا لودعاً بالأجنبية كان

(١) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة، والصحيح «الزوجة» كما هو كذلك في المسودة

التي هي بخط المصنف طاب ثراه.

لهما معنى صحيح ، بل لو حلف على ترك وطء (١) الأجنبية فتزوجها ووطأها كان عليه الكفارة ، لكن ذلك كله لا يسمى ظهاراً ولا إبلاءً .

ومنه لم يفرق الشيخ فيما حكى عن مبسوطه بين الجميع في كونهن اختياراً وإن كان غير خفي عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه ، وأن جعل الجميع ليس اختياراً إلا بالقرائن أولى حينئذ فإن اختار التي ظاهرها أو آلى عليها صحها ، وكان ابتداء مدة الإبلاء من وقت الاختيار ، وكان في الظهار عائداً إن لم يفارقها في الحال من غير خلاف يعرف فيه منهم ، لكن قد يشكك بأنه بالاختيار انكشف سبق الزوجية فيكونان حينئذ قد بان أنهما وقعا على الزوجة من أول صدورها ، ومنه يعلم حينئذ أنه لو طلق وقلنا إنه ليس اختياراً أو نصب قرينة على ذلك أمكن دعوى ظهور وقوعه وصحته بالاختيار الواقع بعده الكاشف عن الزوجية حال وقوع الطلاق ، وليس ذا من التعليق في شيء ، بل هو كطلاق المرأة المعقودة فصولاً قبل تحقق اجازتها بناءً على أن الاجازة للكشف خاصة ولا تأثير لها في النكاح ، ودعوى أن الاختيار ادتجاع لا استدامة والطلاق لا يقع إلا بالزوجة واضحة المنع .

ولو قذف واحدة واختار غيرها وجب الحد ، وسقط بالبيينة خاصة دون اللعان ، لأنها بحكم أجنبية وإن كان لها حكم الزوجة قبل الاختيار . ولو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهن فإن خرجت العدة على كفرهن فلا حكم للجميع حتى القذف بالنسبة إلى اللعان وبالنسبة إلى الحد ، لأنهن كافرات ، وإثماً عليه التعزير فيه ، ويسقط بالبيينة ، وإن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق عليهن إن لم يزدن على النصاب أو لم يطلق إلا النصاب فما دون ، فإن بقاء الزوجية مراعى بالإسلام في العدة فكذا الطلاق ، ولا جهة لبطلانه ، فإن الإسلام كاشف عن بقاء الزوجية ، وإن زدن ووقع الطلاق على النصاب أو مادونه كان اختياراً عند من عرفت ، ويحتمل العدم ، لأنه حين

(١) في النسخة الأصلية المبيضة والمسودة و بل لو حلف على وطء الأجنبية ، والمصحح

طلق لم يكن له الاختيار ، وإن اختار لم يصح ، والإسلام مشترك بين الجميع ، نعم إن اختار المطلقات صحّ طلاقهنّ ، فهو طلاق مراعي بالإسلام والاختيار جميعاً ، وإن زدن على النصاب وطلق الكل كشف الإسلام عن صحته على النصاب وتعيين الاختيار أو القرعة ، وأمّا الظهار والإيلاء فإن اختار من أدّعه عليها ذلك صحّ وترتب عليه أحكامه وإلا فلا ، وأمّا القذف فإن اختار المقدوفة فعليه التعزير ، لأنه قذفها كافرٌ و يسقط باللعان أو البينة ، وإن لم يختارها أسقطه بالبينة خاصة .

ثمّ على فرض كون الطلاق اختياراً فهل ينزل الكناية عنه منزلته ؟ إشكال أقرب به عند الفاضل العدم ، لأنها لا تفيد الطلاق ، فلا تفيد الاختيار وإن قصد بما تلفظ به الطلاق ، لكن فيه أنّ الاختيار لا ينحصر في لفظ ، بل العبرة فيه بما في النفس ، فمع فرض أنا علمنا قصده الطلاق بذلك يكون اختياراً وإن لم يقع طلاق ، لما عرفت من دلالة قصد معنى الطلاق عليه عندهم ، ولذا يقع به عندهم وإن كان فاسداً ، بل قد يقال بكونه اختياراً لو أدّعه طلاقاً مشروطاً بالإسلام ، كما لو قال : « كلّما أسلمت منكن واحدة فهي طالق » بناءً على تأثير الاختيار لو وقع حال الكفر ، ولكن يراعى بالإسلام في العدة ، ولو قال : « إن دخلت الدار - مثلاً - فقد اخترتك للنكاح » مثلاً لم يقع ، لاستراط التنجيز فيه كغيره من أسباب المعاملات ، فإن الدليل فيها جميعاً متّحد ، و ليس ذامن قبيل تعليق الطلاق ، كما لو قال : « أنت طالق إن جاء زيد ، أو إن طلعت الشمس ، أو إن كانت الشمس طالعة » فإنه يمكن أن يكون اختياراً ، لأنه ليس تعليقاً له ، بل للطلاق الذي قد عرفت دلالة قصده عندهم على الاختيار وإن لم يقع الطلاق بذلك ، هذا كلّهُ في الاختيار بالقول صريحاً أو كناية .

﴿ وإما بالفعل ﴾ لا خلاف أجده عندهم فيما دلّ عليه صريحاً ، لأولوية اندراجهِ في قوله ﷺ (١) : « أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ » من القول ، بل ظاهر المصنف

و غيره ذلك أيضاً في ﴿مثل أن يطأها ، إذ ظاهره الاختيار﴾ باعتبار دلالة على الرغبة فيها ، وحمل فعله على الوجه الصحيح السالم عن الزنا ، ولذا عد رجوعاً في الطلاق وفسخاً في خيار البائع . ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع﴾ عقد ﴿البواقي﴾ لكن قد يشكل ذلك بعد عدم الدليل شرعاً على كونه اختياراً ، وإما هو من حيث الدلالة بأنه لا بد من تقييده بالوطء المتذكر الممتن به ، لا مطلق الوطء ، وبما إذا لم يكن ثم قرينة تدل على عدم قصده الاختيار ، بل قد يشكل أيضاً مع ذلك فيما إذا ادعى عدم خطوط الاختيار في الذهن حال الوطء وعدم قصده ، فإن الحكم عليه بمجرّد وقوع الوطء منه خصوصاً بعد الدعوى منه لا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد إشكاله في التقبيل واللمس بشهوة .

قال : ﴿ولو قبل أو لمس بشهوة يمكن أن يقال : هو اختيار كما هو رجمة في حق المطلقة ، وهو يشكل بما يتطرق اليه من الاحتمال﴾ ، ضرورة عدم ظهور الفرق بينهما بناءً على كون المدرك في ذلك حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح الذي هو مشترك بينهما ، بل مقتضى ذلك عدم التقييد بشهوة ، فإن مطلق التقبيل واللمس محرّم لغير الزوجة ، فمقتضى حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح كونه اختياراً ، لكن هو كما ترى ، ضرورة عدم اقتضاء صحة فعل المسلم الحكم بوجود الشرط الذي عدمه مقتضى الأصل ، حتّى بالنسبة الى غير ذلك الموضوع الذي فعله المسلم ، خصوصاً بعد دعواه عدم القصد الذي هو أدري به من غيره ، وخصوصاً مع عدم معارضة الزوجة بالانكار ، لعدم علمها أولغيره ، فالوجه التوقف فيه ما لم تقم قرينة على قصد الاختيار قبله بعد عدم الدليل شرعاً على عدم كونه اختياراً فتأمل جيّداً ، والله العالم .

ولو تزوّج بأخت إحدى إحداهن قبل الفسخ أو الاختيار لم يصح ، لبقاء علاقة الزوجية ، وهل يكون اختيار الفسخ عقد أختها إذا كان تحتها أكثر من النصاب سواء كان دواماً أو متعة ؟ إشكال من التنافي ، واختيار أحد المتنافيين يدل على كراهة الآخر وإن كان فاسداً ، ومن أن التنافي إنما يكون إذا صحّ وليس كما عرفت ، والعموم إذ ربما غفل أوجهل ، قلت : يتّجه كونه اختياراً بناءً على ما ذكره من

حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، كما أنه يتجه حينئذ الحكم بصحة عقد الأخت وفسخ عقد السابقة مع فرض عدم العلم بحاله ، فيكون من الفعل الدال كناية ، نعم فيه ما قدمناه سابقاً من الاشكال ، ولو قال : « حصرت المختارات في ست » مثلاً « وعيّنهن » انحصرن فيهن ، فتعتمد الباقيات حينئذ ، لدلالته على فسخ نكاحهن ، ولو لحقه أربع و تخلف أربع فعيّن الأوائل للنكاح صح ، لا طلاق الأدلة ، ولو عيّنهن للفسخ ففي القواعد لم يصح إن كان الأواخر وثنيات وإلا صح ، وكان وجهه إمكان أن لا يسلمن ، فيتعين الأوائل للزوجية بخلاف الكتابيات ، فإن اختيارهن غير موقوف على إسلامهن ، ولو عيّن المتخلفات للفسخ فلا إشكال ، لكن فيه أنه يمكن أن يقال بالصحة في الأول على وجه المراعاة ، فإن أسلمن الأواخر علم أن الفسخ في محله وإلا كان باطلاً ، فيكون حينئذ شرط الفسخ تجوز إمكان بقاء الزوجية لا العلم بإمكان بقائها ، لا طلاق الأدلة الذي لا يعارضه أصل عدم الانساق وعدم تعيّن البواقي للزوجية ، فتأمل جيداً .

و كيف كان فيجب الفور في الاختيار على وجه لا يستلزم الضرر والتعطيل على الأزواج ، فإن امتنع مع ذلك ألزمه الحاكم به ، فإن أصر على الامتناع قيل إنه يمزّر حتى يختار ، ولا يختار عنه الحاكم ، لأنه منوط بالشهوة ، قلت : يمكن دعوى نولي الحاكم مع ذلك ، لعموم ولايته على مثله ، ومنه يعلم نولي ولاية ولي المجنون له ، بل والصغير للعموم ، لكن في القواعد « ولو أسلم الكافر بعد أن زوج ابنه الصغير بعشر تبعه ابنه في الاسلام ، فإن أسلمن مع الأب اختار بعد البلوغ ، و يمنع أي وهو صغير من الاستمتاع بهن ، وتجب النفقة عليهن ، ولو أسلم المجنون ففي التبعية إشكال ، فإن قلنا به تخير الأب أو الحاكم » بل عن معطي كلام التذكرة الايقاف فيه أيضاً إلى البرء ، لأن الاختيار بالشهوى ، وفيه أن إطلاق الولاية يشمل ذلك ، خصوصاً مع قاعدة نفى الضرر ، والقياس على الطلاق غير جائز عندنا ، فيقوى حينئذ وقوعه عن الولي فضلاً عن الوكيل ، ولعل في ذلك كفاية عما يتصور من الفروع في المقام ، خصوصاً بعد ملاحظة النظائر في الخيارات ونحوها ، فلاحظ وتأمل ، والله

المؤيد والعالم .

﴿ المقصد الثالث ﴾

﴿ في مسائل مترتبة على اختلاف الدين ﴾ :

﴿ الاولى ﴾

﴿ إذا تزوج ﴾ الكافر ﴿ امرأة و بنتها ﴾ دفعة أو ترتيباً ﴿ ثم أسلم ﴾ بعد الدخول بهما. ﴿ و كن ﴾ كتابيتين مثلاً ﴿ حرمتا ﴾ أبداً عليه ، لصدق « أمهات نسائكم » (١) و صدق « ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » (٢) ﴿ و كذا لو كان ﴾ قد ﴿ دخل بالأم ﴾ وحدها ، لذلك أيضاً ، بخلاف ما لو دخل بالبنت وحدها ، فإنه يثبت تكاحه لها ، و تختص الأم بالحرمة أبداً بأُمّهات النساء ، والوجه في ذلك كله ما عرفت من أن الكفار مخاطبون بالفروع عندنا ، إلا أنه يحكم بصحة ما في أيديهم من النكاح وغيره ، بمعنى ترتب الآثار عليه وإن كان فاسداً عندنا ، بل يقرّون عليه بعد الاسلام ما لم يكن المفسد مستمراً ، فإنه لا يقر عليه حينئذ بعد الاسلام ، ضرورة كونه كالمسلم الذي يعرض لنكاحه الصحيح ذلك ، فيفسد به ، فإن استدامة صحة نكاح الكافر المقر عليها لا تزيد على استدامة نكاح المسلم الصحيح ، ومن ذلك ما نحن فيه ، فإنه لا ريب في بطلان نكاح المسلم بعروض صدق أمّهات النساء والربيبية المدخول بأُمّها بالرضاع مثلاً فاستدامة نكاح الكافر كذلك ، و كذا يبطل نكاح الأم خاصة لفرض عروض الاندراج في أمّهات النساء دون الريبية التي لم يدخل بأُمّها ، كما لو أدرجت زوجته

الكبيرة التي لم يدخل بها زوجته الصغيرة فانها تحرم الكبيرة دون الصغيرة ، فكذلك الكافر الذي أسلم ، فانه باسلامه يكون قد عرض لنكاحه المقر عليه صدق الادراج الذي قد سمعت حكمه ، ورفع ذلك عنه في حال كفره لا يقتضي رفع حكمه حال الاسلام بعد فرض كونه مفسداً في الابتداء وفي الاستدامة .

ومن ذلك يعلم الوجه في قول المصنف وغيره هنا ﴿ أمّا لو لم يكن ﴾ الكافر ﴿ دخل بواحدة ﴾ منهما أي الأم والبنت وأسلم ﴿ بطل عقداً ﴾ و حرمت عليه أبداً بأمهات النساء ﴿ دون البنت ﴾ فانه يثبت عقدها ، لأنها ربيبة لم يدخل بأمتها ، فهو حينئذ كالمسلم الذي أَرْضَعَتْ زوجته الكبيرة الصغيرة قبل الدخول ﴿ وحينئذ فلا اختيار ﴾ له ، ضرورة تعيين المحللة له ﴿ وهي البنت خاصة .

لكن ﴿ قال الشيخ : له التخيير ﴾ فان المحكي عنه في الخلاف « إذا جمع بين العقد على الأم والبنت في حال الشرك بلفظ واحد ثم أسلم كان له إمساك أيتها شاء و يفارق الأخرى ، وفي المبسوط « إن لم يدخل بهما قيل : يتخير في إمساك أيتها شاء ، وقيل : يثبت نكاح البنت ، ويقوى في نفسي الأول ، وفي المختلف « احتج الشيخ بأن المشرك إذا جمع بين من لا يجوز له الجمع بينهما في نكاح فانما يحكم بصحة نكاح من ينضم الاختيار الى عقدها ألا ترى أنه إذا عقد على عشر دفعة واحدة وأسلم اختار منهن أربعاً ، فإذا فعل حكمنا بأن نكاح الأربع وقع صحيحاً ، ونكاح البواقي وقع باطلاً ، بدليل أن نكاح البواقي يزول ، ولا يجب عليه نصف المهر إذا كان قبل الدخول ، فإذا كان كذلك فمتى اختار إحداها حكمنا بأنه هو الصحيح والآخر باطل ، ولأنه إذا جمع بين من لا يجوز الجمع بينهما واختار في حال الاسلام لكان اختياره بمنزلة ابتداء عقد ، بدليل أنه لا يجوز أن يختار إلا من يجوز له أن يستأنف نكاحها حين الاختيار ، وإذا كان الاختيار كابتداء العقد كان كأنه الآن تزوج بها وحدها ، فوجب أن يكون له اختيار كل واحدة منهما ، ثم أجاب عنه في المختلف « بأن الذي ذكره إنما يتم في صورة

الاختيار في حال الاسلام ، وهنا لا يمكن الاختيار في حال الاسلام ، فان الأم حُرمت بمجرّد العقد على البنت .

وهذا الجواب منه - ره - مبني على ما استدل به للمطلوب من أن مقتضى التحريم موجود ، والمانع لا يصلح للمانعية ، أما وجود المقتضي فللأدلة المانعة من الجمع بين الأم والبنت من الكتاب (١) والسنة (٢) المتواترة والاجماع ، وأما عدم صلاحية المانع فلما تقرّر في الأصول من أن الكفار مخاطبون بالفروع ، وفيه أن هذه المسألة غير مبنية على ذلك ، وإلا كان المتجه ما ذكره الشيخ من عدم حرمة إحداهما عليه ، ضرورة أن المسلم لو عقد على الأم والبنت دفعة لم تحرم إحداهما عليه ، بل له استئناف العقد على كل منهما ، فكذلك الكافر بناءً على الشركة ، بل لو عقد على الأم أو لا ثم عقد على البنت بعد ذلك لم تحرم بذلك الأم ، الى غير ذلك من الأحكام التي تترتب على قاعدة الاشتراك المنافية لاطلاق الأصحاب هنا بل ولصريحه ، فالأولى الاستدلال بما عرفت .

﴿و﴾ منه يعلم أن ﴿الأول أشبه﴾ لا ما ذكره الشيخ الذي يأتي مثله في مسألة الدخول ، ضرورة كونه حينئذ بمنزلة عدمه قبل الاختيار الذي هو ابتداء نكاح ، فان «الاسلام يجب» ما قبله «(٣) ﴿و﴾ فيه أنه لا يمنع صدق الاندراج في عنوان المحرم .

نعم قد يقال: إن الحكم فيما ﴿لو أسلم عن أمة وبنيتها﴾ مبني على قاعدة الاشتراك ﴿ف﴾ يقال حينئذ: ﴿إن كان وطأهما حرماً﴾ عليه أبدأ ﴿وإن كان وطأاً إحداهما حرماً الأخرى﴾ خاصة أبدأ ﴿وإن لم يكن وطأاً واحدة﴾ منهما ﴿تخيّر﴾

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٣ .

(٢) الوسائل الباب ١٨ - ١٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٣) المستدرك الباب ١٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢ و الخصائص

الكبرى ج ١ ص ٢٣٩ وكنز العمال ج ١ ص ١٧ - الرقم ٢٣٣ والجامع الصغير - ج ١

كالمسلم في ذلك كله في الصورة الأولى ، بناءً على أن وطء الشبهة يحرم السابقة أيضاً ، اللهم إلا أن يقال بالحرمة هنا وإن لم نقل به في وطء الشبهة ، فيختص الكافر حينئذ بذلك ، وينزل حينئذ وطؤه لكل منهما منزلة عقده على كل منهما ودخوله المحكوم بصحته في حال الكفر ، فيترتب حينئذ عليه بعد الإسلام ما يترتب على الصحيح ، فيفيد الحرمة على كل منهما أبداً .

﴿ ولو أسلم عن أختين ﴾ تزوجهما دفعةً أو مرتباً ﴿ تخير أيتهما شاء ولو كان ﴾ قد ﴿ وطأهما ﴾ بعين ما عرفته سابقاً ، فهو حينئذ كالمسلم الذي ارتضعت زوجته الصغيرة من لبن أم الكبيرة ، فانه يتخير واحدة منهما ، نعم يفرق بينهما بالاحتياج الى عقد مستأنف في وجه في المسلم بخلاف الكافر .

﴿ وكذا ﴾ يتخير ﴿ لو كان ﴾ أسلم ﴿ عنده امرأة وعمتها أو خالتها ولم تجز العمّة ولا الغالة الجمع ﴾ لأنه بعد الحكم باستمرار صحة عقده المقر عليه - من غير فرق بين سبق العمّة وتأخيرها والمقارنة - يكون حينئذ بعد الإسلام بمنزلة مسلم قد عقد على العمّة وبنت أخيها دفعة من غير رضا العمّة ، فيتخير إحداهما بعقد مستأنف أو بدونه على الوجهين ، كالأختين أو كمسلم عرض ذلك لنكاحه برضاع مثلاً . ﴿ أما لورضيتهما ﴾ أي العمة والغالة ﴿ صح الجمع ﴾ بلا إشكال ، بل الظاهر كفاية رضاهما في حال الكفر ، لا طلاق الأدلة ، فاحتمال أنه بعد الإسلام كابتداء نكاح لا بد له من رضا مستأنف مدفوع بها .

﴿ وكذا لو أسلم عن حرّة وأمة ﴾ زوجتين يصح الجمع مع فرض رضا الحرّة ولو حال الكفر ، وإلا أفسخ عقداً أمة ، لأنه يكون بعد إسلامه بمنزلة عقد المسلم عليهما دفعة الذي قد سمعت أن الحكم فيه انفساخ عقداً أمة مع عدم رضا الحرّة نصاً (١) وقتوى أو بمنزلة عروص ذلك للمسلم بعد نكاحه ، بأن أسرت إحدى زوجتيه فصارت أمة .

ومن ذلك يعلم أن الحكم في الحرّة والأمة غيره في العمّة والغالة وإن اشتركا

(١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

في صحّة الجمع مع الرضا ، مع أنّه قد يشكّل إن لم يكن إجماعاً بأنّ المتّجه الانفساخ في الأئمة وإن رضيت الحرّة ، بناءً على عدم جواز نكاحها مع التمكن من الحرّة كما جزم به العامة ، أللّهم إلّا أن يفرّق بين الابتداء والاستدامة ، كما لو أسلم زوج الكتائية ، فانه يقرّ عليه حتّى على القول بعدم جواز نكاحها غبطة ابتداءً ، لكن لا يخفى عليك احتياجه الى الدليل ، وليس إلّا الاجماع إن ثبت ، والله العالم .

المسألة * الثانية *

* إذا أسلم المشرك وعنده حرّة وثلاث إماء * وثنيتان * بالعقد فأسلمن معه تخيّر مع الحرّة اثنتين إذا رضيت الحرّة * لعدم جواز نكاح الأزيد منهما له . * (و) * كذا * لو أسلم الحرّ وعنده أربع إماء بالعقد تخيّر * منهن * (أمتين ، ولو كنّ * أربع * حرائر) * ذميّات مثلاً * ثبت عقده عليهن ، وكذا * الحكم * لو أسلمن قبل انقضاء العدة * يتخيّر أمتين من الأربع إن كنّ إماء ، وبشبهت عقده عليهن إن كنّ حرائر وثنيتان ، لأنّ إسلامهن في العدة كإسلامهن معه .

* ولو كنّ أكثر من أربع فأسلم بعضهن كان بالخيار بين اختيارهن وبين التربّص ، فإن لحقن به أو بعضهنّ ولم يزدن عن أربع * واختارهنّ * ثبت عقده عليهن ، وإن زدن عن أربع تخيّر أربعاً ، ولو اختار من سبق إسلامهن لم يكن له خيار في الباقيات ، ولو لحقن به قبل العدة * بلاخلاف في شيء من ذلك ولا إشكال لا طلاق الأدلة ، ولو اختار الأربع من الكافرات حال كفرهنّ واتفق لحوقهنّ به في العدة أمكن الاكتفاء به وثبوت عقده حينئذ عليهن ، وليس هو من التعليق بعدم انكشاف كونهن من محل الاختيار بإسلامهن في العدة ، نعم لو علق اختياره على من سبق إسلامهن احتمل بطلانه للتعليق ، أما لو اختار أربعاً معصوصات منهنّ فاتفق

إسلامهن" لحقه حكم الاختيار ، ولا يخفى عليك أن ما ذكرنا من الاماء مبني على جواز نكاح الأمة للحر القادر على الحرية وإلا لم يجز له اختيار الأمة وإن رضيت الحرية ، كما هو واضح .

المسألة الثالثة *

* لو أسلم العبد وعنده أربع حرائر وثنيات فأسلم معه اثنتان * فصاعداً * ثم أعتق ولحق به من بقي لم يزد على اختيار اثنتين * وإن كان لحقوقهن به في العدة * لأنه كمال العدد المحلل له * حال إسلامه الذي هو ابتداء جريان أحكام المسلمين عليه . * ولو أسلمن * جميعهن قبله * ثم أعتق ثم أسلم أو أسلمن بعد عتقه وإسلامه في العدة ثبت نكاحه عليهن * بلا إشكال في الصورة الأولى * لا تصافه بالحرية المبيحة للأربع * قبل إسلامه ، وسبق إسلامهن بعد أن كان زمان العدة لهن مراعى فيه حال الزوج غير مناف وإن انكشف حينئذ بإسلامه فيه حرراً أنهن زوجات له من حين إسلامهن * وإن كان عبداً فيه ، لأن العبودية حال الكفر المتعقب للحرية والإسلام لا تنافي نصاب الأربع ، كما لا ينافي كفره المتعقب للإسلام في العدة كونهن زوجات له حال إسلامهن المفروض كفره فيه ، ودعوى أنه بإسلامهن قبله تبين اثنتان منهن و تبقى اثنتان مراعى بإسلامه في العدة يدفعها منع ذلك ، بل المتجه أن المراعاة زمان العدة لحال إسلامه ، فإن أسلم حرراً لحقه حكم الحر المسلم ، وإن كان عبداً لحقه حكم العبد المسلم ، ضرورة أنه إذا أعتق ثم أسلم قبلهن لحقه حكم الحر المسلم ، ولا عبرة بنكاحه الأربع حال كونه كافراً عبداً بعد أن أقر عليه ، فكذا زمان العدة الذي أمهله الشارع فيه * (د) * جعل الشارع إسلامه فيه مثل إسلامه معهن ، فهو حينئذ حر * قد أسلم هو وهن دفعة واحدة ، كما هو واضح .

نعم ﴿في الفرق﴾ بين الصورة الأولى والصورة الأخيرة ﴿إشكال﴾ ضرورة اشتراكهما في مقتضى الأربع أو مقتضى اثنتين ، فلا وجه لقصر اختياره في الأولى على اثنتين ، ولبقاء نكاحه على الأربع في الأخيرة ، بل لعل المتعجه فيهما الافتصار على اثنتين ، لأنه عبد حال إسلامه الذي هو ابتداء جريان الأحكام عليه ، وليس الاختيار ابتداء نكاح ، حتى تلاحظ رقيته وحرية حاله ، على أن إسلام اثنتين في الصورة الأولى لا يعين عليه الاختيار ، لأن له انتظار الأخيرتين في العدة ، فلو كان المدار على حاله عنده لانتجه حينئذ ثبوت نكاحه عليهن أجمع ، مع فرض لحوق اثنتين في العدة وبعد عتقه ، ضرورة كونه حراً حينئذ كالصورة المتأخرة . ومن هنا يتجه أن يقال : إن الضابط في بقاء نكاحه عليهن أجمع واقترانه على اثنتين سبق حرية على إسلامه وتأخرها عنه ، ففي الأول يثبت نكاحه عليهن ، سواء أسلمن قبله أو بعده أو معهن أو بعضهن قبله أو معهن بعده لكونه حال جريان حكم الإسلام عليه حراً ، ولا عبرة بعبوديته حال الكفر الذي قد أقر على نكاحه فيه وإن كان فاسداً عندنا ، وفي الثاني لا يزيد على اختيار اثنتين ، لكونه حال إسلامه عبداً ، فيثبت له حكم العبد المسلم ، من غير فرق بين إسلام اثنتين معه وعدمه ، لعدم مدخلية وجود محل الاختيار في ذلك بعد أن لم يكن متعيناً عليه . وبذلك ظهر لك حكم سائر الصور التي ذكرها في المسالك وغيرها ، وأطالوا الكلام فيها ، و لعل ما ذكرناه هو ظاهر الفاضل في القواعد ، حيث قال : «ولو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعداً وثنيّات ثم أعقق ولحقن به في العدة تخير اثنتين ، فإذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي وكان له العقد على اثنتين آخرين ، ولو أعقق أو لا ثم أسلم ولحقن به تخير أربعاً » .

لكن في كشف اللثام « هذا يشمل ما إذا تقدّم العتق على إسلامهن أو تأخر أو توسط ، وعلى الأول الأقوى وفقاً للمبسوط والتذكرة والنحوير ثبوت النكاح على الجميع ، فإن استقرار الاختيار من حين إسلامهن ، وهو حينئذ حر ، وعلى التوسط بأن أسلم ثم أسلمت اثنتان أو أسلمتا معه ثم أعقق ثم لحقت به الآخران

في العدة . يحتمل ثبوت النكاح على الجميع من أنه لا يتعين عليه اختيار من سبقت إلى الاسلام ، لجواز التربص الى اسلام الباقيتين ، وإذا أسلمتا كان حراً ، والعدم كما في المبسوط من تحقق الاختيار من حين اسلام الأولتين وإن جاز له التربص إلى اسلام الأخيرتين ، وهو حينئذ عبد ، وقد تبع بذلك ثائي الشهيدين الذي قد جعل وجه الفرق بين الصورة الأولى والمتأخرة وجود محل الاختيار حال العبودية ، فيتعين عليه اثنتان بخلافه في المتأخرة ، وفيما لو أسلم معه واحدة و غير ذلك مما لا يتحقق معه خطاب الاختيار ، لعدم وجود موضوعه أو عدم كماله ، بخلاف ما لو أسلم معه اثنتان أو ثلاث مثلاً ، فإن الاختيار قد يتحقق وإن كان له تأخير إلى التمام ، لكن تشخص أن اختياره اثنتين وإن أخر ذلك إلا أنه لا يتغير اختياره ، لأن الفرض تحقق موضوعه ، وهو عبد ، فيكون له اختيار العبد وإن تعقبت الحرية ، وقد شبهوا ذلك بما إذا طلق العبد امرأته طلقته ثم أعاق ، فإنه لا يملك بالعتق طليقة ثالثة ولم يجز نكاحها إلا بمحلل ، ولو طلقها طليقة ثم أعاق ونكحها أو راجعها ملك طليقتين ، و بما إذا كانت تحت حرة و أمة فقسّم للحرة ليلتين و للأمة ليلة ثم أعقت الأمة ، فإن أعقت بعد تمام ليلتها لم تستحق زيادة ، وإن أعقت قبل تمامها كمل لها ليلتين - ثم قال :- والعبارة الجامعة لهذه المسائل أن يقال : الرقية والحرية إذا تبدل أحدهما بالآخر فإن بقي من العدد المعلق بكل واحد من الزائد والطاريء شيء أثر الطاريء . وكان الثابت على العدد المعلق به زائداً كان أم ناقصاً ، وإن لم يبق منهما جميعاً لم يؤثر الطاريء ولم يغير حكماً ، ففي مسألتنا إذا أسلم معه حرةً فإن أعاق لم يبق من العدد المعلق بالزائد شيء ، فلم يثبت العدد المعلق بالطاريء وإذا أسلمت معه واحدة بقي من العدد المعلق بالزائد شيء ، ومن العدد المعلق بالطاريء شيء ، فأثر العتق وثبت حكمه ، وعلى هذا قياس باقي المسائل ، ومما يتفرع على هذا الأصل ما لو طلق الذمي زوجته طليقتين ثم التحق بدار الحرب ناقضاً للعهد فسبى واسترق ونكح تلك المرأة باذن مالكه يملك عليها طليقة ، لأنه بقي من عدد الزائد شيء ، ولم يبق من عدد الطاريء شيء ، فلم يؤثر الطاريء ، ولو كان قد طلقها طليقة فاذا نكحها لا يملك عليها إلا طليقة ، لأنه بقي من عدد الزائد طليقتان ومن عدد الطاريء طليقة ، وكان الثابت حكم الطاريء ، وهو الرق .

ولا يغنى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا ما في جميع ذلك حتى الفرق بين المشبه والمشبه به، ضرورة أن العبد إذا طلق طلقين وقع الحكم بالتحريم المحتاج الى محلل، فحصول العتق بعده لا يؤثر في رفعه، وإذا مضى قرء أن وقع الحكم ببراءة الذمة وبتحليلها للأزواج وكذا باقى النظائر بخلاف المقام، فانه لا يصير مستوفياً لحقه باسلام اثنتين معه، وإنما يصير متمكناً من الاستيفاء، والتمكين من الشيء لا يجعل محل الشيء، وأما ما ذكره من العبارة الجامعة لم يعرف مدركه، بل هي محض دعوى بلا دليل، والمتبجح ما عرفت من كون العبارة بالعتق قبل إسلامه وبعده، ففي الأول يجري عليه حكم المسلمين الأحرار، وفي الثاني يجري عليه حكم المسلمين العبيد، لأن حال إسلامه هو حال جريان الأحكام عليه، والاختيار وعدمه لا مدخل له في ذلك، كما لا مدخل له في صدق تناول الأدلة التي هي حر أسلم عن أربع وعبد أسلم عن ذلك، كما هو واضح بأدنى تأمل، والله العالم.

المسألة الرابعة *

* اختلاف الدين فسخ * قطعاً * لا طلاق * فلا يلحقه حكمه إلا بدليل * فإن كان من المرأة قبل الدخول سقط به المهر * الذي هو بمنزلة العوض، فإذا انفسخ العقد الذي كان قد أوجبه قبل استيفاء المعوض رجع استحقاق العوض الى مالكه، سيما مع كون الفسخ من قبلها وإن كان بأمر واجب عليها، من غير فرق بين كونه عيناً أو ديناً، تصرف به أولاً و تقصيره بعدم إسلامه لا يرفع مقتضى قاعدة الفسخ و ثبوته في ذمته لومات أدوات على القول به، لعدم ثبوت كون الموت فسخاً، ولذا جاز النظر واللمس والتفسير و نحو ذلك، وفي صحيح ابن الحجاج (١) عن أبي الحسن عليه السلام في نصراني تزوج نصرانية فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال :

(١) الوسائل الباب ٩- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦ .

قد انقطعت عصمتها منه ، ولا مهر لها ، ولا عدة عليها منه .

﴿ وإن كان من الرّجل فنصفه على قول مشهور ﴾ تنزيلًا له منزلة الطلاق قبل الدّخول ، وفيه منع ما يدل على التنزيل على وجه يقتضي ذلك ، ومن هنا استوجه غير واحد من المتأخّرين ثبوت الجميع عليه ، بدعوى إيجاب العقد له أجمع ، فيستصحب ثبوته بعد أن لم يكن الفسخ من قبلها ، وتقصيرها بعدم الاسلام معه لا يرفع أصل استحقاقها الثابت لها بالعقد ، وفيه أن قاعدة الفسخ التي ذكرناها تقتضي ردّ كلّ عوض الى مالكه ، فيتّجه حينئذ سقوط الجميع عنه ، خصوصاً بعد أن كان سبب الفسخ ليس من تقصيره ، بل من وجوب ذلك شرعاً عليه ، نعم قد يقال بثبوت النصف عليه ، لكونه القدر المتفق عليه بين القولين ، ولقوّة إلحاقه به باعتبار كونهما معاً فسخاً للنكاح قبل الدّخول ، وإن كان الأخير كما ترى لا يخرج عن القياس المبحر ، أللهم إلّا أن يكون مستنده بعض النصوص (١) الواردة في الارتداد المشبهة له بالطلاق .

﴿ وإن كان بعد الدّخول ﴾ منه أو عنها ﴾ فقد استقرّ ﴿ المهر ﴾ ولم يسقط بالعارض ﴿ منه شيء ﴾ ، ضرورة تمامية المعاوضة حينئذ ولو بالانتفاع بالبضع آناءً ، والغرض تعذر دّءه ، وإمكان ردّ مهر المثل مثلاً ليس ردّاً له هنا شرعاً ، لكون المقطوع به نصاً (٢) وفتوى استقرار المهر بالدّخول ، وفي المسالك إنّه محل وفاق .

ولو أسلمنا دفعة بأن تقارن آخر الشهادتين منهما فلا فسخ ، ولولم يعلم الحال وجهل التاريخ وأمكن الاقتران حكم به عند جماعة ، وإن علم عدم الاقتران أو قلنا: إن الأصل أيضاً يقتضي عدمه فلا شيء لها عليه على ما قلناه، ولها الجميع أو النصف على القولين الآخرين ، بل لو أدّعت سبقه ودّعى سبقها كان القول قولها عليهما ، فتأمل جيّداً .

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب موانع الارث الحديث ٤ من كتاب الموارث .

(٢) الوسائل الباب -٥٤- من أبواب المهور .

﴿و﴾ كيف كان ﴿لو﴾ كان المهر فاسداً ﴿﴾ باختلال شرط من شروط صحته عندنا كالمعلومية مثلاً لا من حيث تحريمه في شرع الاسلام كالخمر والخنزير الذي سيذكر حكمه ﴿﴾ وجب به مهر المثل مع الدخول ﴿﴾ كالمسلمة المساوية لها في الفروع ﴿﴾ وقبله ﴿﴾ لا شيء لها إن كان منها و ﴿﴾ نصفه إن كان أي ﴿﴾ الفسخ من الرجل ﴿﴾ على القول المشهور ، وجميعه على القول الآخر ، ولا شيء على ما عرفت ، بل قد يشكل الأول بأنه منافي لقاعدة إقرارهم على ما وقع منهم حال كفرهم ، فمع فرض جواز ذلك في دينهم وقد حصل القبض فيه يتجه عدم رجوعها عليه بشيء .

﴿و﴾ إن كان قد دخل بها وأمهرها شيئاً مجهولاً بل ﴿لؤلؤ لم يسم﴾ لها ﴿مهرأ والحال هذه﴾ ودخل بها وكان في دينهم جواز ذلك لم يكن لها عليه شيء لما عرفت ، لكنه خلاف المصرح به في كلامهم ، بل قالوا لؤلؤ لم يسم لها مهرأ ولم يدخل بها وأسلم دونها ﴿﴾ كان لها المتعة كالمطلقة ، وفيه تردد ﴿﴾ بل منع ، لما عرفت من عدم كون الفسخ طلاقاً وعدم ما يقتضي جريان أحكامه عليه ، فيتجه حينئذ عدم شيء لها عليه ، للأصل وغيره وفاقاً لجماعة ، بل قد عرفت أن المتجه ذلك مع الدخول فضلاً عن عدمه لقاعدة الإقرار ، اللهم إلا أن يقال : إن استيفاء البضع من قبيل الأسباب التي تترتب عليها مسبباتها ، فهو حينئذ كالتلاف كافر مالا من كافر مثلاً على وجه لم يلتزم به في دينهم ثم أسلم وكان من دين الإسلام التزامه به ، فانه يجب عليه أدائه له ، وقاعدة الإقرار إنما هي بالنسبة إلى الصحة والفساد في العقد مثلاً لا في نحو ذلك ، وما نحن فيه منه فتأمل جيداً .

﴿و﴾ لو دخل الذمي ﴿مثلاً﴾ وأسلم وكان المهر خمراً ﴿مثلاً﴾ وقد أقبضه تماماً إياها حال الكفر لم يكن لها شيء بالاخلاف ولا إشكال ، لأن الاسلام يجب ما قبله ، (١) ﴿و﴾ إن كان ﴿لم تقبضه﴾ منه ﴿فيل﴾ يسقط ﴿لأنها قد رضيت به ،

(١) المستدرك الباب -١٥- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢ و الخصائص

الكبرى ج ١ ص ٢٣٩ و كنز العمال ج ١ ص ١٧ الرقم ٢٣٣ و الجامع الصغير ج ١

فيدام حكم رضاها، وقد تعذر إقباضه بعد الإسلام بالنسبة إلى المستحق عليه، فسقطت المطالبة به ﴿وقيل: يجب﴾ به ﴿مهر المثل﴾ لأنها لم ترض إلا بالمهر، والفرض امتناعه عليه بعد الإسلام، فيرجع إلى مهر المثل، وعن طلحة بن يزيد (١) «سأل الصادق عليه السلام عن رجلين من أهل الذمة أو من أهل العرب تزوج كل منهما امرأة وأمهرها خمرًا أو خنازير ثم أسلما فقال: النكاح جائز حلال، ولا يحرم من قبل الخمر ولا من قبل الخنازير، قلت: فإن أسلما حرم عليه أن يدفع إليها الخمر والخنازير، فقال: إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئاً من ذلك، ولكن يعطيها صداقاً».

﴿وقيل: يلزمه قيمته عند مستحليه، وهو أصبح﴾ عند المصنف. لأنه أقرب شيء إليه، كما لو جرى العقد على عين وتعذر تسليمها، ولأن مهر المثل قد يزيد عن قيمة المسمى مع اعتراف الزوجة بعدم استحقاقه، وقد ينقص مع اعتراف الزوج باستحقاقها الأزيد، ولوجوب قيمة الخمر لو أنلفها متلف على ذمي و تراقها إلينا، ولخبر زرارة (٢) قال للصادق عليه السلام «النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دين خمرًا وثلاثين خنزيرًا ثم أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمة الخمر وكم قيمة الخنزير فيرسل به إليها ثم يدخل عليها، وهما على نكاحهما الأول» ولعله غير منافٍ للأول الذي يمكن إرادة ذلك من الصداق فيه لامهر المثل، نعم قد يشكل بضعف الخبر، كما أنه قد يشكل سابقه بذلك أيضاً. والأول أوفق بأصول المذهب، كأصل البراءة وقاعدة جب الإسلام وغير ذلك، ومن هنا يقوى حينئذ سقوط المهر.

وعلى كل حال فظاهرهم بل صريح البعض عدم الفرق في ذلك كله بين أن يكون خمرًا معينة أو كلية، لا شترًا كهما في تعذر الدفع، لكن قد يقال مع التعيين وإمكان قبض الزوجة إياها بنفسها يتوجه عدم مطالبتها بمهر المثل أو القيمة، وإن كان قد قبضت بعضاً وبقي بعض سقط عن الزوج بقدر المقبوض، ووجب بنسبة الباقي

الى المجموع عن مهر المثل أو القيمة ، فان كان المهر عشرة أزقاق خمرأ وقد قبضت خمسة فان تساوت الأزقاق قيمة عند مستحليها برأ من النصف قطعاً فان النصف عدد أو قيمة وإن اختلف قيمة احتمال اعتبار العدد، إذ لا قيمة لها ، فيكون قد قبضت النصف أيضاً تساوت الأزقاق صغراً وكبراً أم اختلفت ، واحتمل اعتبار الكيل أو الوزن ، فانها ليست من المعدودات فإما يتحقق قبض النصف إذا اتحد الزق أو تساوت الأزقاق في السعة والامتلاء ، أو عينا الكيل في العقد فقبضت نصف ما عيّن ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة الخامسة *

﴿إذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطء زوجته المسلمة﴾ قطعاً ، بل وغير المسلمة على ما عرفته سابقاً ، من غير فرق بين كونه عن ملّة و فطرة ، بل وبين ما قبل الدخول وبعده ، ولكن خصّه بالثاني ليرتب عليه ما بعده ، ثم إن كان عن فطرة بانت عنه مطلقاً ، فلو وطأها حينئذ بشبهة فعليه مهر آخر للشبهة إن كانت له ذمّة ﴿و﴾ إن كان عن ملّة ﴿وقف﴾ انفساخ ﴿نكاحها﴾ منه ﴿على انقضاء العدة﴾ فان عاد الى الاسلام فيها بان استمرار النكاح ، وإلا بان انفساخه من أول الارتداد كما عرفته سابقاً .

﴿فلو وطأها﴾ حينئذ ﴿لشبهة﴾ و بقي على كفره الى انقضاء العدة قال الشيخ : ﴿كان﴾ عليه مهران : الأصلي بالعقد وآخر للوطء بالشبهة ، وهو يشكل بأنها في حكم الزوجة إذا لم يكن عن فطرة ﴿فلا يترتب على وطئه شيء﴾ ، و لهذا لو رجع لم يفتقر الى عقد جديد ، فليس الارتداد حينئذ إلا كالإطلاق الرجعي الذي لا يوجب البينونة ، ويدفع بآته قد بان ببقائه على الكفر أنها قد بانت منه بأول ارتداده ، وليس في شيء من الأدلة ما يقتضي كونها بحكم الزوجة حتى بالنسبة الى

ذلك ما دامت العدة ولو تشبيهاً بها أوفي حكم التشبيه كي تكون حينئذ كال المطلقة رجعيّاً ، وإثبات بعض اللوازم كالارث ونحوه لا يقتضي ثبوت الجميع ، وما في بعض النصوص (١) من تشبيهها بالمطلقة لا يقتضي إرادة الرجعية ، خصوصاً بعد ما في آخر (٢) من أنها كال المطلقة ثلاثاً فتأمل جيداً .

و على كل حال فالمراد بالشبهة في المتن أنه وطأها غير عالمة وغير عالم بحرمة ذلك عليهما ، وقد يحتمل كون المراد شبهة شرعاً فلا يقدح حينئذ علمها بالتحريم .

ثم لا يخفى عليك جريان المزبور في ارتداد المرأة أيضاً ، إذ هما من واحد ، بل لا فرق فيها بين كون ارتدادها عن فطرة أدينتها ، لما عرفت من عدم بينوتها بالفطري ، لقبول توبتها ، والله العالم .

المسألة السادسة *

* إذا أسلم وعنده أربع وثنيّات * غير مدخول بهن * بن * منه وإن كن * مدخولاً بهن * لم يحكم بالبينونة منه حتى تنقضي العدة * وهن * على كفرهن * و حينئذ * لم يكن له العقد على أخرى * خامسة * ولا على أخت إحدا * هن * أي * زوجاته * التي أسلم عنهن * على وجه يدخل بها ويعاملها معاملة الزوجة * حتى تنقضي العدة * مع بقائهن على الكفر * لكونه منهيّاً عن الخامسة وعن أخت الزوجة ، ولا يتم امتثال ذلك إلا * باجتناب هذين ، لاحتمال كونهما خامسة وأخت زوجة ، والتمسك بأصالة عدم الاسلام في العدة لا يرفع باب المقدمة بمد أن كان الاسلام

(٢٠١) الرسائل الباب ٦- من أبواب موانع الارث الحديث ٣ من كتاب المواريث

و الثاني بطريق الشيخ (قده) .

(جواهر الكلام - ج ٥)

وعدمه كاشفاً عن بقاء الزوجية وعدمها لا شرطاً مؤثراً، إذ هو حين إسلامه إما أن يكون ذا أربع أولاً في الواقع، وناكحاً للأخت أولاً فالمعقود عليها حينئذ قبل انكشاف ذلك من مشتبه الموضوع لا يجوز الانددام عليها، كالامرأة المشتبهة حالها أنها أم أولاً، وبذلك يعلم أن من عقد على امرأة فضولاً لم يجر له أن ينكح أمها قبل الاجازة على وجه يتصرف بها، لاحتمال انكشاف أنها أم امرأة كما أوضحناه سابقاً .

نعم له العقد على وجه يترتب عليه آثاره، فإذا بقين على الكفر انكشف تأثير العقد حينئذ، لانكشاف عدم المانع حينه، ودعوى مسلووية هذه العبارة حينئذ وإن بان بعد ذلك مصادقتها للحكم بكونهن كالتزوجات بالنسبة الى ذلك، نحو المطلقة رجعيّاً فإنه لا يجوز له العقد على أختها وإن استمر على عدم الرجوع بها حتى انقضت العدة ممنوعة بعد حرمة القياس، ضرورة عدم دليل يدل على أنهن بحكم الزوجات على وجه يشمل ذلك بخلاف المطلقة رجعيّاً، ومجرد انكشاف الزوجية وعدمها بالاسلام في العدة وعدمه لا يقتضي ذلك، لكونه أعم منه فتأمل فاته ربما دق، وحينئذ لا بأس بحمل نحو عبارة المتن على ما ذكرناه وإن كان هو خلاف ظاهر ثاني الشهيدين والفاضل، حيث إنهما جملاً ذلك احتمالاً بعد أن ذكر الأول ظاهر العبارة، لكن لا يخفى ما فيه .

﴿ ولو أسلمت الوثنية فتزوج زوجها بأختها قبل إسلامه ﴾ لجواز ذلك في دينه ﴿ وانقضت العدة ﴾ لأختها ﴿ وهو على كفره صح عقد الثانية ﴾ واستقر لظهور بينونة الأولى حينئذ منه باسلامها، فيكون حينئذ عقد الثانية لامعارض له، وكونه لو أسلم تكون الأولى زوجة له غير قادح بعد جواز مثله في دينه، وليس هو كالمتزوجة أخت الزوجة في عدة الأخرى الرجعية .

﴿ نعم لو أسلم ﴾ معاً ﴿ قبل انقضاء عدة الأولى تخير ﴾ لأنه قد بان أن الأولى زوجة له، والفرض أن الثانية قد تزوجها في حال كفره الذي يقر عليه، فيكون ﴿ كما لو تزوجها وهي ﴾ أي الأولى ﴿ كافرة ﴾ وأسلموا جميعاً، وقد عرفت

أن الحكم فيه التخيير ، بل هو كذلك أيضاً لو أسلم هو في عدة الأولى وأسلمت هي بعد انقضائها قبل انقضاء عدتها ، للحكم بكونهما معاً زوجتين له ، لا انكشاف كون الأولى زوجة من حين إسلامها بإسلامه في عدتها ، وانكشاف كون الثانية زوجة له أيضاً من أول إسلامه بإسلامها في عدتها ، فيتجه التخيير ، لأنه يستقر عقداً الأولى وبين الثانية منه ، كما عساه يوهمه ظاهر عبارة المتن ، نعم لو أن إسلام الثانية قد كان بعد انقضاء عدتها اتجه ذلك ، لا في الفرض الذي قد بان أنها زوجة له بإسلامها في عدتها ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة وإن كان قد انقضت عدة الأولى وهو واضح ، ومثل هذا البحث يأتي فيما لو أسلم زوجها الأربعة المدخول بهن فتزوج خامسة دخل بها ، ثم أسلم وتأخر إسلامها حتى انقضت عدة الأربعة ثم أسلمت في عدتها ، والله العالم .

المسألة السابعة

﴿إذا أسلم الوثنى﴾ على وثنيته بعد الدخول ﴿ثم ارتد﴾ وانقضت عدتها وهي باقية ﴿على الكفر﴾ من حين إسلامه ﴿فقد﴾ بان أنها ﴿بانت منه﴾ من أول إسلامه المقتضى لانفساخ النكاح في مثل ذلك ﴿وهو واضح﴾ نعم ﴿لو أسلمت﴾ هي ﴿في العدة﴾ بان عدم الانفساخ بالإسلام ، ولكن انفسخ بالارتداد ، ﴿و﴾ حينئذ فلا بد من ضرب عدة لها من حين الارتداد فان ﴿رجع الى الاسلام في العدة فهو أحق بها﴾ لانكشاف عدم فسخ النكاح بالارتداد ، لأن المسلم منه المستمر الى ما بعد انقضاء العدة ، لا ما إذا رجع فيها ، ودعوى عدم انكشاف كونها زوجة بإسلامها وهو مرتد يدفعها إطلاق الأدلة القاضية بأنها زوجة له حال إسلامه ، فحينئذ يكون الارتداد وارداً على النكاح الصحيح ، فينفسخ من حينه إن بقي مستمراً الى انقضاء العدة ﴿و﴾ إلا تبين عدم الفسخ به ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة السابقة ، نعم

﴿إن خرجت﴾ العدة ﴿وهو كافر فلا سبيل له عليها﴾ وبأن أنها بانت منه من حين ردته ، وكذا لو انعكس الفرض بأن أسلمت هي أو لا ثم ارتدت ، وعلى كل حال فليس له العود إليها ، بذلك العقد حال ردته ، لأنها إن كانت مسلمة فلا يجوز نكاح المرتد لها ، وإن كانت كافرة فلفساد النكاح بين المرتد والكافر كفساده بينه وبين المسلم ، لأن علة الاسلام باقية عليه ، ولذلك لا يقر عليه ، بل يقتل إن كان فطرياً وكان رجلاً ، ويستتاب إن كان ملئياً ، فإن لم يتب قتل إن كان رجلاً ، وإن كان امرأة حبست وضيق عليها في المأكل والمشرب ، كما سمعت الكلام فيه سابقاً ، بل لو كانت هي مرتدة مثله أيضاً انفسخ النكاح بينهما كما عرفت فيما مضى ، هذا كله بالنسبة الى الرجوع اليها .

أما غيرها كما لو فرض أنه تزوج وهو مرتد بامرأة ثم عاد الى الاسلام في عدة الأولى لم يحكم بصحة نكاحه فان أقصى الأدلة البقاء على النكاح الأول بالرّجوع ، لا أنه به ينكشف قابليته للنكاح المبتداء ، وكذا لو أسلمت زوجة الكافر وفرض نكاحه لمسلمة بعدها ثم أسلم هو في العدة ، فانه لا يصح نكاحه المسلمة وإن انكشف باسلامه بقاء نكاحه السابق ، لكن ذلك بالنسبة اليه خاصة ، لا أنه ينكشف بذلك أنه يحكم المسلم بالنسبة الى ذلك حتى بالنسبة الى النكاح المبتدأ فانه لا دليل عليه ، بل ظاهر ما دل على عدم جواز نكاح الكافر المسلم خلافه كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة الثامنة ﴿﴾

﴿لومات إحداهن﴾ مثلاً ﴿بعد إسلامهن﴾ قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها ﴿للاصل﴾ فان اختارها ورث نصيبه منها ، وكذا لو متن كلهن كان له الاختيار ، فاذا اختار أربعاً ورثن ﴿لا يقال : إنهن حرمن عليه باسلامه﴾

قبل إسلامهن ، فإذا أسلمن احتاج العود الى العهل الى سبب يوجبه ، وقد خرجن عن أهلية ذلك ومجرّد إسلامهن ليس سبباً تاماً في الحل ، بل لابد فيه من الاختيار ، فإذا متن قبل تمام السبب المبيع ينبغي البطلان ، كما لو مات أحد المتعاقدين قبل تمام السبب المملك بالقبول أو القبض ﴿لأننا نقول :﴾ ان الاختيار ليس استثناءً عقد حتى يبطل بالموت قبل تمامه ﴿و إنما هو تعيين لذات العقد الصحيح﴾ المتحقق في ضمن الجميع ، فلا نقصان للسبب الموجب للارث ، فانه الزوجية ، وهي متحققة في جملةهن ، والمانع كان هو الكفر وقد زال ، غايته زيادتهن على العدد المعتبر ، والأمر فيه إليه لا إليهن ، وليس الموت فاسخاً للزوجية ، ولذا يجوز للزوج تفصيل زوجته والنظر إليها ، كما أن الاختيار ليس مشروطاً بالحياة وإن كان ظاهر قوله ﷺ (١) : «أمسك أربعاً» الحياة ، لكنه ظهور مود لا شرط ﴿و﴾ حينئذ فيتمتع بالتمسك بالاستصحاب فيما يتحقق فيه من أفراد ذلك ، و يتم بعدم القول بالفصل .

نعم ﴿لومات ومتن﴾ معه قبل الاختيار ﴿قيل: يبطل الخيار﴾ بل لأجد فيه خلافاً بين من تعرض له من أصحابنا ، لأسالة عدم ثبوته لغيره ، خصوصاً مع ابتناؤه على الشهوة المختصة به ، فاحتمال قيام وارثه مقامه فيه قياساً على الخيار في المال مثلاً ولا طلاق قوله ﷺ (٢) : « ما كان للميت فهو لوارثه » مدفوع بذلك .

﴿و﴾ لكن الوجه عند المصنف استعمال القرعة ، لأن فيهن واريثات للربع أو الثمن إن مات قبلهن ﴿وموروثات﴾ إن متن قبله ، واريثات وموروثات إن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده ، فلم يعلم المستحق أو المستحق عليه مع احصاءه في جملةهن ،

(١) سنن البيهقي ج ٢ ص ١٨٢ .

(٢) لم نعثر على هذا اللفظ بعد التتبع التام في مظانها واما الموجود « من مات وترك مالا فلورثته » أو « فللوارث » كما في الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجريرة والامامة الحديث ٣ و ١٤ و مسند أحمد ج ٢ ص ٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦ و ج ٣ ص ٢٩٦ و ٣٧١ و ج ٤ ص ١٣١ .

فيستخرج بالقرعة التي هي لكل أمر مشكل ، وربما أشكل ذلك بأنها لتعيين ما هو معين عند الله مشتبه عندنا في الظاهر ، وهو هنا ليس كذلك ، لأن التعيين موكول الى الزوج لا الى الله تعالى وإن كان هو الذي يلهمه الاختيار ، ولا يقال : إن الله تعالى يعلم من يختارها منهن لو اختار وإن لم يوجد منه اختيار ، لأننا نقول : إن الله تعالى يعلم الأشياء على ما هي عليه فالمعينة في نفسه يعلمه معيناً وإن اشتبه علينا ، والمبهم في نفسه يعلمه مبهما فلا يمكن تخصيص إحداهن بالميراث عندنا ولا عند الله . ومن هنا قيل : إن الوجه الايقاف حتى يصطلح ورثتهن على التساوي أو التفاوت ، لأن الحق منحصر فيهم ، وفيهم من يستحق ومن لا يستحق ، ومال اليه في المسالك تبعاً للكركي ، وقيل : يقسم ذلك بالسوية فيأخذ وارث كل واحدة نصيبها ، لأن البيان غير متوقع ، مع اعتراف الجميع بالاشكال ، وأنه لا مزينة لإحداهن على الأخرى فاشتبه المال بين المدعيتين مثلاً .

وربما أشكل بأنه إعطاء غير المستحق قطعاً بخلاف المال بين المدعيتين ، فإن التشريك بينهما محتمل بخلاف المقام المعلوم فيه عدم الاشتراك ، ويدفع بمنع اعتبار احتمال التشريك فيما ثبت فيه ، لا طلاق دليله المبني على أعمال كل من الدعويين واليدين في غير محل التعارض وإبطالهما فيه ، فليس إلا الاشتراك بينهما بالنصف إن كانا اثنتين ، نعم ما نحن فيه ليس من ذلك ، لاعتراف الجميع بأن المستحق أربع ، وعدم الدعوى منهن بأنهن الأربع لا غيرهن .

كما أنه قد يشكل سابقه بأن في الايقاف حتى يصطلح الجميع تعميلاً للحق عن أهله المطالبين به ومثاراً للنزاع الذي لم يعهد من الشارع إهماله ، فيمتعنين القرعة حينئذ .

و يدفع ما سمعته من إشكالها (أو لا) بمنع اعتبار الاشتباه في موضوعها ، لا طلاق أدلتها من الآية (١) والى الآية (٢) و (ثانياً) بمنع عدم الاشتباه هنا ، فانه

(١) سورة آل عمران : ٣ - الآية ٤٤ وسورة الصافات : ٣٧ - الآية ١٤١ .

(٢) الوسائل الباب -١٣- من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء .

باسلامه وإسلامهن" مثلاً "بن" منه أربع وبقين أربع في علم الله ولو باختياره المستقبل ، إذ لا معنى لقيام البيونة والزوجة في موضوع مبهم في الواقع ، بل هو غير متصور ، نعم باختياره ينكشف أن هذه الأربع هي التي باقية على الزوجية من أول الأمر ، لا أن الاختيار جزء سبب النكاح ولا سبب في الاقتران ، وحينئذ تكون الفرعة في محلها .

ويقوى في النظر التخيير المحاكم المعد لحسم مادة النزاع بين استعمال القرعة في حسمه وبين القسمة على السواء بينهم ، ولا يتعين أحدهما ، وربما كان ذلك مراد المصنف بقريئة ما تسمعه منه فيما يأتي فيما لومات دونهن ، حيث قال : « والوجه القرعة أو التشريك » فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ ولومات الزوج ﴾ خاصة ﴿ قبل ﴾ اختيار أربع منهن ﴿ كان عليهن ﴾ أجمع ﴿ الاعتداد منه ، لأن منهن ﴾ من تلزمه العدة ﴿ بالوفاة ﴾ ولما لم يحصل الامتياز الزمن ﴿ أجمع ﴾ العدة احتياطاً ﴿ فان لم يكن قد دخل بهن ﴾ وكن ذميات أوقارن إسلامه إسلامهن فليس إلا عدة الوفاة ، وإن كان قد دخل بهن الزمن العدة ﴿ بأبعد الأجلين ، إذ كل واحدة ﴾ منهن ﴿ تعتمل أن تكون هي الزوجة وأن لا تكون ﴾ هي الزوجة ﴿ فالحامل تعمد بعدة الوفاة ووضع الحمل ﴾ وفي بعض النسخ « تعمد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة ووضع الحمل ، وعلى كل حال فالمراد واضح وإن كان التعبير الأول فيه تجوز ، لأن عدة الوفاة للحامل هي أبعد الأجلين ، فاطلاقه عدتها على عدة الوفاة من إطلاق اسم المجموع على بعض أفرادها ، والأمر سهل .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الحائل ﴾ ف﴿ تعمد ﴾ بأبعد الأجلين من عدة الطلاق ﴿ ثلاثة أقرء أو ثلاثة أشهر ﴾ عدة ﴿ الوفاة ﴾ أربعة أشهر وعشراً ، وإنما اكتفي بالتدخل في العدين لأن المعتبر عدة واحدة ، والتكليف بالزائد للاشتباه وكيف كان فابتداء عدة الوفاة من حينها قطعاً ، أما الأقرء فمن التذكرة « يعتمل الاعتبار من وقت إسلامهما إن اقترنا ، ومن حين إسلام من سبق إسلامه إن تعاقبا فيه ، لأن

الأقراء إنما تجب لاحتمال مفارقة من انفسخ نكاحها ، والانفساخ يحصل من ذلك الوقت ، واعترضه في جامع المقاصد بأن « لقائل أن يقول : إن الانفساخ إنما يحصل من حين المفارقة بالاختيار ولم يتحقق ذلك ، فينبغي أن يكون ابتداء عدته من حين الوفاة ، لامتناع التأخر عنه و انتفاء ما يدل على التقدم عليه ، لأن إسلامهما أو إسلام الأسبق منهما لا يقتضي المفارقة قطعاً » وفيه أنه يمكن القول بأن الاختيار حيث يحصل يكشف عن الفرقة من حين الاسلام المقتضي لبيئونة ما زاد على النصاب ، فتأمل .

ثم لا يخفى عليك عدم الخلاف ظاهراً منهم في وجوب العدة على الجميع بنحو ما عرفت ، لكن فيه أنه لا يتم على تقدير استخراج الوارثات منهن بالفرعة الفاضية بكون الزوجات التي خرجن بها ، فينتجه حينئذ عدة الوفاة عليهن والفراق على غيرهن ، اللهم إلا أن يقال : إنها بالنسبة الى خصوص الارث ، ومنه يعلم قوة ما ذكرناه سابقاً من أنها هنا طريق للحاكم في حسم النزاع كالتشريك ، لا أنها معيئة للموضوع الذي تجرى عليه جميع الأحكام ، والله العالم .

المسألة التاسعة ﴿﴾

لا خلاف أجده بين من تعرض لذلك في أنه ﴿ إذا أسلم وأسلمن ﴾ معه وكن كتابيات ﴿ لزمه نفقة الجميع حتى يختار أربعاً ، فتسقط نفقة البواقي ﴾ من حين الاختيار لا قبله ﴿ لأنهن ﴾ فيه ﴿ في حكم الزوجات ﴾ وإن زدن على النصاب كالمطلقة رجعيّاً ﴿ وكذا لو أسلمن أو بعضهن وهو على كفره ، و ﴾ حينئذ ﴿ لو لم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بها عن الحاضر والماضي ﴾ لأنهما من الديون ﴿ سواء أسلم أو بقي على الكفر ﴾ ولا يقدح في ذلك عدم تمكينه من الاستمتاع بعد أن كان المنع شرعياً بالكفر أو عدم الاختيار الجايس لهن ، نعم قد يشكل ذلك بأنه بالاسلام

قد بات منه زوجية الزائد ، فالواجب عليه نفقة أربع توقف حتى يصطلحن عليها أويقرعن عليها أو تقسم بالسوية بينهما ، بل قد يتجه اختصاصها بمن يتعقبهن الاختيار الكاشف عن كونهن زوجات من حين الاسلام وعن عدم زوجية غيرهن حينه أيضاً ، بل قد يشكل وجوب النفقة عليه لغير الزائد مع فرض استمرار الكفر الكاشف عن البينونة من حين الاسلام ، ودعوى كونهن بحكم الزوجات قبل الانكشاف كالمطلقة رجعية يدفعها عدم الدليل على ذلك ، ومجرد المشاركة للرجعية في بعض الأحكام لا يقتضي المساواة في الجميع الذي منه ما نحن فيه ، خصوصاً بعد معلومية المخالفة لها في الارث وغيره ، كما أومأنا إليه سابقاً ، ودفع الأول بوجوب الانفاق على الجميع وإن زدن على النصاب للمقدمة يدفعه معلومية كون المراد الانفاق من حيث الزوجية الذي يكون مع عدم القدرة عليه ديناً في الذمة ، ومن المعلوم عدم اقتضاء خطاب المقدمة ذلك ، كما هو واضح .

اللهم إلا أن يقال : قال الصادق عليه السلام في خبر الحضرمي (١) « إذا ارتدت المرأة المسلمة عن الاسلام باتت منه امرأته كما تبين المطلقة ، وإن قتل أومات قبل انقضاء العدة فهي ترثه في العدة ، ولا يرثها إن ماتت وهو مرقد عن الاسلام » وفيه دلالة على أنها بحكم المطلقة رجعية ، ولذا ورثت ، وفيه أنه لا تلازم بين هذا الحكم وغيره ، ولذا صرح في خبره الآخر (٢) بأنها « تبين منه كما تبين المطلقة ثلاثاً وأنها ترثه لو مات في العدة » على أن الكلام هنا في الزائد على الأربع فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ وكيف كان ﴾ لا تلزمه النفقة لو أسلم دونهن ﴿ وكن و ثنيات ﴾ لنحقق منع الاستمتاع منهن ﴿ بعدم الاسلام الواجب عليهن ﴾ ، فهن حينئذ كالنواشز فتسقط النفقة حينئذ عنه وإن أسلمن بعد ذلك وبأن به أنهن زوجات من حين إسلامه ، بلا خلاف أجده فيه أيضاً بين من تعرض له ، لكن قد يخدش بأن

(٢٠١) الوسائل الباب ٦- من أبواب موانع الارث الحديث ٤ من كتاب الموارث

و الثاني بطريق الشيخ (قده) .

المقتضي للانفاق تحقق الزوجية ، والفرض أنها كذلك عندهم ، وإنما المعلوم من إسقاطه عصيان الزوجة فيما يجب عليها من الخطاب من حيث الزوجية ، لا عصيانها بمخالفة الخطاب الآخر وإن استلزم ذلك عدم جواز وطئه إياها ، فهو منع شرعي لا منع منها ، وإلا فهي ممكنة له من الوطء على هذا الحال ، إلا أن الشارع لم يجوز له وطء الكافرة . اللهم إلا أن يقال : إن الأصل براءة الذمة من النفقة ، وإنما المعلوم من وجوبها مع التمكن من وطئها على وجه يشمل المقام ، بل يكفي في السقوط الشك في تحقق شرط الوجوب .

﴿و﴾ لعل من ذلك يعلم الحكم فيما ﴿و﴾ لو اختلف الزوجان في السابق إلى الإسلام ﴿و﴾ بعد اتفاقهما على عدم الاقتران ﴿و﴾ أن المصنف وغيره بل نسبه ثانياً الشهيدين إلى الأصحاب ، ذكروا أن ﴿و﴾ القول قول الزوج ، استصحاباً للبراءة الأصلية ﴿و﴾ إذ لا ريب في ابتناء ذلك على الشك في تحقق شرط وجوب الانفاق ، بخلاف ما لو قلنا إن الزوجية سببه ، فالنفقة حينئذ ثابتة ، والنزاع في المسقط ، والأصل عدمه ، فيكون القول قولها ، كما عن قول الشافعية واستوجه في المسالك ، لكن في كشف اللثام يدفعه أن النفقة ليست أمراً واحداً مستمراً من حين النكاح ، وإنما تثبت يوماً فيوماً ، والأصل في كل يوم عدمها إلى أن يثبت وجوبها ، وهو التمكن ، وفيه أن بناء الوجوب كما عرفت على أن الزوجية سبب الانفاق ، وهو مستمر في كل يوم حتى يعلم تحقق المسقط ، وهو كون المنع منها .

ولو ادعى سبق بالإسلام قبل الوطء الموجب للبينة بمجرّد الاختلاف ففي القواعد « إن القول قولها ، لأن الأصل بقاء استحقاق المهر الذي قد وجب بالنكاح وإنما يسقط بالمسقط ، والأصل عدمه » وفيه إن الأصل عدم الوطء .

ولو قالت : أسلمنا معاً فالنكاح باق ، وقال : بل أسلمت قبلي أو أسلمت قبلك ولم تكن مدخولاً بها ففي تقديم قوله أو قولها إشكال من تعارض الأصل والظاهر ، ولو قال للوثنية : أسلمت بعد إسلامي شهرين فلا نفقة لك علي إلا فيما بعدهما ، فقالت : بل بشهر أو قال : أسلمت بعد العدة فلا نفقة ولا نكاح ، فقالت : بل فيها

قدّم قوله ، لأصالة تأخّر الحادث ، والبراءة من النفقة ، ولا يعارضهما أصالة صحة النكاح ، فإن الاختلاف في الدين معلوم ، وهو مما يرفع النكاح رفعاً مراعى ، فالأصل بطلان النكاح إلى أن يسلم في العدة ، والله العالم .

﴿ ولومات ﴾ الزوج قبل الاختيار دونهن ﴿ ورثة أربع منهن ﴾ و﴿ لكن لما لم يتمعن ﴾ قيل : ﴿ وجب إيقاف الحصة عليهن ﴾ حتى يصطلحن ﴿ بالتساوى أو التفاوت ﴾ والوجه ﴿ عند المصنف هنا أيضاً ﴾ القرعة أو التشريك ﴿ وفي المسالك ﴾ « إن مراده الإشارة إلى وجهين في المسألة لا إلى التخيير » قلت : قد عرفت فيما مضى أن هذه المسألة وما تقدّم من وادٍ واحد ، ضرورة جريان هذه الوجوه في وارثهن ، إذ لا فرق بينهن وبينه بعد أن كان الاختيار لغيرهن و فرض عدمه ، ومنه يعلم أن مراد المصنف هناك بذكر القرعة على أنها أحد الفردين وحمل ما هنا منه على الإشارة إلى الوجهين ليس بأولى من حمله على إرادة التخيير للحاكم بعد عدم الصلح منهن في حسم النزاع بين الأمرين الرافعين للترجيح بلا مرجح ، كما عساه يوميء الى ذلك ما عرفته سابقاً من عدم جريان حكم القرعة في الاعتماد ، ولو أنها لتشخيص الموضوع اتجه حينئذ إجراء أحكامه عليه ، و احتمال أنها لتشخيصه بالنسبة الى الارث خاصة دون الاعتماد خلاف المعهود فيما يستخرج بالقرعة .

وكيف كان فلو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا إيقاف لهن ، بل لا يورثن إذا كن غير الوارثات أربعاً فما فوقهن ، كما لو كان معه أربع وثنيات وأربع كتابيات فأسلم الوثنيات خاصة ثم مات قبل التعمين وفاقاً للقواعد والمحكي عن المبسوط ، لعدم العلم بأن له زوجة وارثة ، لاحتمال أن يكون الزوجات منجصرة في غير الوارثات ، خلافاً للمحكي عن التذكرة ، فاستقرب الإيقاف ، لعدم العلم باستحقاق الورثة جميع التركة ، لاحتمال زوجية الوارثات منهن ، كما يوقف الميراث إذا كان حمل ، والشك في أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف ، كما في الحمل أيضاً ، فإن الاستحقاق أيضاً مشكوك فيه ، وربما أشكل بأن الشك في الحمل يرجي زواله بخلاف ذلك ، ولو أسلم الكتابية بعد الموت قبل القسمة فالأقرب لإيقاف الحصة ،

لعدم الفرق على الأصح في إرث الكافر إذا أسلم قبل القسمة بين الزوجة وغيرها ، كما تسمعه في الميراث ، ومنه يعلم ما في قول المصنف : ﴿ ولومات قبل إسلامهن لم يوقف شيء ، لأن الكافر لا يرث المسلم ﴾ مطلقاً أو إذا كان زوجاً ، وأن الأصح قوله : ﴿ ويمكن أن يقال : نرث من أسلمت قبل القسمة ﴾ .

المسألة ﴿ العاشرة ﴾

﴿ روى ﴾ الشيخ والصدوق عن ابن محبوب عن الحكم الأعمى وهشام بن سالم عن ﴿ عمار الساباطي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام ﴾ قال : « سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة حرة فتزوجها ، ثم إن العبد أبق فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد ، فقال : ليس لها على مولاه نفقة ، وقد بانت عصمتها ، فإن إباق العبد طلاق امرأته هو بمنزلة المرتد عن الإسلام ، قلت : فإن هو رجع إلى مواليه رجع إليه امرأته قال : إن كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت بغيره فلا سبيل له عليها وإن كانت لم تتزوج - وفي التهذيب ولم تنقض العدّة - فهي امرأته على النكاح الأول ، وقد نقل المصنف مضمونها فقال : ﴿ إن إباق العبد طلاق امرأته وإنه بمنزلة الارتداد ، فإن رجع وهي في العدّة فهي امرأته بالنكاح الأول ، وإن رجع بعد العدّة وقد تزوجت فلا سبيل له عليها ﴾ وعمل بها الصدوق على ما حكى عنه ، والشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة ، قال الأول : « إذا أذن الرجل لعبده في التزويج فتزوج ثم أبق لم يكن لها على مولاه نفقة ، وقد بانت من الزوج ، وعليها العدّة منه ، فإن رجع قبل خروجها من العدّة كان أملك برجعتها ، وإن عاد بعد انقضاء عدتها لم يكن له عليها سبيل » وقال ابن حمزة : « وإذا تزوج عبد بأمة غير سيده ورضى سيدها ثم أبق العبد بعد الدخول بانت منه ولزمها العدّة ، فإن رجع قبل انقضائها كان أملك بها ، وإن رجع بعد انقضاء العدّة لم يكن له عليها سبيل ، ولا يلزم سيده

(١) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ والباب - ٣٥ -

من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق .

النفقة .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿في العمل بها تردد﴾ ليس ﴿مستنده ضعف السند﴾
إذ هو من الصحيح أو الموثق ، و كل منهما عندنا حجة ، بل لقصوره عن معارضة
مادل على بقاء النكاح من الأصل وعموم حصر ناسخه في غيره ، وشذوذ الخبر المزبور ،
ضرورة قصر الحكم في عبارة ابن حمزة على أمة غير السيد ، مع أن مورد الرأية الحرّة ،
و اعتبار عدم التزويج في رواية الفقيه في البقاء على النكاح ، و في التهذيب ذلك مع عدم
انقضاء العدة ، و اعتبار التزويج في البيئونة عنه في كل منهما ، ولم يعتبر بشيء من
ذلك الشيخ و ابن حمزة ، على أنه ظاهر في سقوط النفقة في الارتداد ، و هو مخالف
لما سمعته سابقاً ، ومختص بالحرّة ، ولم يستقص فيه تمام أحكام ذلك من رجوع
العبد بنفسه ، وإرجاعه ، وإباق الأمة التي تزوّجها الحرّ ، وإباق العبد والأمة ،
وغير ذلك من الأحكام الكثيرة ، واتّحاد الخبر المزبور في الحكم المذكور ، وبذلك
كله يضعف الظنّ به ، بل يختص الظنّ بغيره ، ومنه يعلم أن الأقوى المدم ،
والله العالم .

﴿مسائل من لواحق العقد﴾

﴿وهي سبع : الأولى﴾ لا خلاف في أن ﴿الكفاءة شرط في النكاح﴾
بل الإجماع بقسميه عليه ، ﴿د﴾ لكن ﴿هي﴾ بمعنى ﴿التساوي﴾
في الإسلام ﴿فلا يجوز للمسلمة نكاح غير المسلم﴾ ، و هل يشترط التساوي
في الإيمان ﴿بالمعنى الأخص﴾ فلا يجوز نكاح المؤمنة غير المؤمن على نحو ما
سمعته في الإسلام ؟ ﴿فيه روايتان أظهرهما الاكتفاء بالإسلام وإن تأكد استحباب﴾
الإيمان ، وهو في طرف الدرجة أتم ، لأن المرأة تأخذ من دين بعلمها ﴿أما العكس﴾
فلا خلاف في جوازه كما اعترف به في كشف اللثام وغيره ، نعم ربما حكى عن سلال

عدم جواز ذلك ، ولم نتحققه إذ المحكى عنه أنه إنما منع من المعاندة ، وهي المناصبه
التي ستعرف كفرها ، بل لم يحك أحد هنا الخلاف في ذلك عمن علم أن مذهبه
كفر المخالفين ونجاستهم ، كالمرتضى وابن ادریس وغيرهما ، نعم حكى غير واحد
هنا الشهرة على عدم جواز نكاح المؤمنة المخالفة ، بل في الرياض عن الخلاف والمبسوط
والسرائر و سلار والغنية الاجماع عليه ، و هو الحجة للمانع بعد النصوص
المستفيضة .

كقوله عليه السلام (١) حين أمر بتزويج الأبطال من الأكفاء : «المؤمنون بعضهم
أكفاء بعض» وغيره .

(و منها) المشترطة - الأمر بنكاحه المراد منه الإباحة - برضا دينه
و أمائته (٢) و في بعضها خلقه و دينه (٣) قيل : و ليس في إدراج الخلق مع الدين
في بعضها قرينة على التدين بالنسبة الى الدين بناءً على اتحاد سياق العبارة
مع الاجماع على عدم اعتباره ، لتوقفه على كون المراد منه السجية والطبيعة ، و ليس
بمتعين ، لاستعماله في الملة كما عن أهل اللغة ، فيحتمل إرادتها منه هنا ، فلا قرينة
بالمرأة .

(ومنها) الصحيح (٤) « تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم ، لأن المرأة تأخذ
من أدب زوجها ، و يقهرها على دينه » .

(ومنها) المرسل كالموثق ، بل الموثق لا رساله عن غير واحد الملحق مثله
عند جماعة بالمسند عن أبان عن الفضيل بن يسار (٥) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن نكاح الناصب ، فقال : لا والله ما يحل ، قال فضيل : ثم سألته مرة أخرى ،
فقلت : جعلت فداك ما تقول في نكاحهم ؟ قال : والمرأة عارفة ، قلت : عارفة فقال :

(١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .

(٢) (٣٠٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١٠٣ .

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥ .

إن العارفة لا توضع إلا عند العارف .

(ومنها) المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده (١) وإن لا مرأتى أختاً عارفة على رأينا وليس على رأيها بالبصرة إلا قليل فأزوجه ممن لا يرى رأيها، قال: لا ولا نعمة ولا كرامة، إن الله تعالى يقول (٢) : فلا ترجعوهن إلى الكفار، لا هن حل لهم، ولا هم يحلون لهن، بل ربما استفيد من ذيله الاستدلال بالروايات المستفيضة بل المتواترة (٣) المتضمنة كفرهم الذي إن أريد منه الحقيقة كانت دلالة واضحة، وإلا كان المراد المشاركة في الأحكام التي منها ما نحن فيه.

بل ربما استدل أيضاً بالنصوص المتواترة (٤) أيضاً الدالة على عدم جواز نكاح الناصب، بناءً على أن المراد منه المخالف، لقول الصادق عليه السلام في خبر المعلى ابن خنيس المروى عن العلل (٥) : ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت، لأنك لا تجد أحداً يقول : أنا أبغض محمد وآل محمد، ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنكم تقولون وأنكم من شيعتنا « وفي المرسل المروى عن الشيخ والكليني (٦) عنه

(١٩١) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٤ - ١٠ .

(٢) سورة الممتحنة : ٦٠ - الآية ١٠ .

(٣) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب حد المرتد الحديث ١٣ و ١٤ و ١٨ و ١٩ و ٢١ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٨ و ٣٣ و ٣٤ و ٣٨ و ٣٩ من كتاب الحدود والباب ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٥ .

(٥) الوسائل الباب ٦٨ - من أبواب القصص في النفس الحديث ٢ من كتاب القصص، وهو يروى عن معاني الأخبار مع اختلاف في اللفظ، وهذا اللفظ يبينه مروى عن العلل في خبر عبد الله بن سنان الذي رواه في الوسائل بعد رواية معلى بن خنيس وأشار إليه في الوسائل أيضاً في الباب ٢ - من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٣ من كتاب الخمس .

(٦) الوسائل الباب ٢١ - من أبواب الصدقة الحديث ٢ من كتاب الزكاة .

أيضاً إنه قال : « الزيدية هم النصاب » وعن الكليني في الروضة (١) في جارين ناصب وزيدى فقال عليه السلام : « هما سيان هذا نصب لك ، وهذا الزيدى نصب لنا » وعن مستطرفات السرائر من مكاتبات محمد بن علي بن عيسى لمولانا الهادي عليه السلام (٢) « سأله عن ناصب هل أحتاج في امتحانه إلى أكثر من تقديم الجبت والطاغوت واعتقاد إمامتهما ؟ فرجع الجواب : من كان على هذا فهو ناصب » .

ولكن الجميع محل نظر أما الاجماع المحكي فلم تتحققه إذ ليس في المحكي عن المبسوط والخلاف إلا قوله الكفاءة معتبرة في النكاح ، وهي عندنا شيان : الايمان وإمكان القيام بالنفقة ، واليسار المراعى ما يمكنه القيام بمؤونة المرأة وكفايتها لا أكثر من ذلك ثم إنه استدل في الثاني منهما على ذلك باجماع الفرقة الى أن قال في الرد على من اعتبر فيها أكثر من ذلك : « وما ذكرناه مجمع عليه » وفي الغنية « الكفاءة تثبت عندنا بأمرين الأول الايمان وإمكان القيام بالنفقة بدليل الاجماع المشار إليه ، ولأن ما ذكرناه مجمع على اعتباره ، وليس على اعتبار ما عداه دليل ، ولكن البناء عندنا أن الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران الايمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها ، والاتفاق عليها ، ولا يراعى ما عدا ذلك من الانساب والصنائع ، والأولى أن نقول : إن اليسار ليس بشرط في صحة العقد ، وإنما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً بنفقتها ، ولا يكون العقد باطلاً ، بل الخيار اليها ، وليس كذلك خلاف الايمان الذي هو الكف إذا بان كافراً فإن العقد باطل ، ولا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار » الى آخره ، وقال المرتضى في مسائل الناصرية : « الذي يذهب اليه أصحابنا أن الكفاءة في الدين معتبرة ، لأنه لا خلاف في أنه لا يجوز أن تنزج

(١) روضة الكافي ص ٢٣٥ - الرقم ٣١٤ ط طهران .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ١٤ من كتاب الخمس عن موسى بن محمد بن علي بن عيسى قال : كتبت اليه ولكن روى في الباب ٦٨- من أبواب القصاص في النفس الحديث ٣ من كتاب القصاص : « إن محمد بن علي بن عيسى كتب اليه » .

المرأة المسلمة المؤمنة بالكفار ، إلى آخره .

والجميع كما ترى إنما يراد من الايمان فيها المرادف للاسلام ، لا المعنى الأخص " بقرينة استدلالهم على نفي الزيادة عن ذلك في مقابل الشافعي و غيره من العامة ممن اعتبر في الكفاءة أزيد من ذلك بكون المجمع عليه ذلك ، والأصل عدم الزيادة ، ولأريب في أن الايمان المعتبر عند الجميع الاسلام ، ضرورة عدم معنى أخص " للايمان عندهم ، بل يؤيده أيضاً تفريع بعضهم على ذلك عدم جواز تزويج المسلمة غير المسلم ، وغير ذلك من القرائن التي لا يخفى على من لاحظ كلماتهم الدالة على إرادة الاسلام من الايمان .

و منه يعلم عدم قائل صريح معتد به من القدماء بعدم جواز نكاح المؤمنة غير المؤمن ، ولو من فرق الامامية ، كالواقفي ونحوه ممن جرى عليه حكم الاسلام في هذا الحال ، على أن عباراتهم لا يخلو من تشويش بالنسبة الى اعتبارهم في الكفاءة الايمان والتمكن من النفقة ، مع معلومية عدم اعتبار الثاني في صحة العقد ، حتى لورضيت المرأة بذلك كما ستعرف . .

و كذا النصوص ، ضرورة كون الايمان في السابق مرادفاً للاسلام ، فانه بالمعنى الأخص اصطلاح جديد ، نعم ربما اطلق الايمان فيها (١) مقابل الاسلام باعتبار ارادة التصديق القلبي والتسالم الظاهري مع النفاق باطناً ، ولكن المعروف مرادفته وكذا لفظ الدين الذي هو عند الله الاسلام (٢) بل قوله ﷺ (٣) : « إذا جاءكم » الى آخره خطاب مشافهة ، و من المعلوم أن من لا يرضى دينه في زمنه صلى الله عليه وآله من لم يكن مسلماً ، فلا يستفاد حينئذ منها بقاعدة الاشتراك أزيد من ذلك ، على أن ذكر الخلق معه مع معلومية عدم اعتباره في الكفاءة قرينة على

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٥ الى ٢٨ .

(٢) سورة آل عمران : ٣ - الآية ١٩ .

(٣) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢ .

عدم إرادة بيان الكفاءة المعتبر في الصحة ، و دعوى إرادة الدين منه أيضاً مخالفة للظاهر ، على أنها لا تتم فيما اعتبر الامانة مع الدين منها .
وأما الصحيح فلم يعلم المراد من الشكك فيه ، ويمكن إرادة المستضعفين منهم ، حينئذ فالتعليل فيه يناسب الأمر فيه باعتبار صيرورته حينئذ سبباً لنجاة المرأة لا النهي ، فإن المستضعف لا يخشى منه القهر على ما عنده ، لعدم معرفته ، وعلى كل حال فهو معارض بما تسمعه من النصوص ، خصوصاً ماورد في المستضعف (١) فلا بأس بحمل النهي فيه على الكراهة .

كالنهي في المرسل الذي بعده ، بل والأخر أيضاً مع عدم معلومية من لم ير رأيها البصيرة ، ولعلمهم الخوارج والمبغضين لأئمة الطاهرين عليهم السلام ، لكثرتهم في ذلك المكان والزمان ، بل هو مقتضى استدلال الامام عليه السلام بالآية الكريمة ، ضرورة معلومية عدم كفر المخالفين على وجه تجري عليهم أحكامهم الدنيوية ، للسيرة القطعية والأدلة السمعية والعسر والخرج وغير ذلك مما هو مسطور في محله .

ومنه يعلم بطلان الاستدلال بمادل على كفرهم المعلوم إرادة حكم الكفار منه في الآخرة كما دلت عليه النصوص المتواترة .

وكذا أخبار النصاب فإن المراد كونهم أجمع بحكمهم فيها أيضاً ، لمعلومية كفر الناصب وحليته ماله ودمه ، ومعلومية عدم كون المخالف من حيث كونه مخالفاً كذلك ، فوجب حينئذ حمل هذه النصوص على ذلك ، نحو مادل (٢) على أنهم كفار وأنهم شر من اليهود والنصارى أى في الآخرة ، بخلاف الدنيا فانهم مساوون للمؤمنين في الأحكام ، وبذلك صرحت النصوص وتواترت في الفرق بين الاسلام والايمان .

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ و ٥ و ١٠ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٥ والباب - ١١ -

من أبواب الماء المضاف الحديث ٥ من كتاب الطهارة .

قال سماعة (١) : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أخبرني عن الاسلام والايمان
أهما مختلفان ؟ فقال : إن الايمان يشارك الاسلام ، والاسلام لا يشارك الايمان ،
فقلت : فصفهما لي ، فقال : الاسلام شهادة أن لا إله إلا الله والتصديق برسول الله ﷺ ،
وبه حقنت الدماء ، وعليه جرت المناكح ، وعلى ظاهره جماعة الناس ، والايمان
الهدى ، وما يثبت في القلوب من صفة الاسلام ، وما ظهر من العمل به ، والايمان أرفع
من الاسلام بدرجة ، إن الايمان يشارك الاسلام في الظاهر والاسلام لا يشارك الايمان
في الباطن وإن اجتمعا في القول والصفة » .

وقال حمran بن أعين (٢) : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الايمان ما استقر
في القلب وأفضى به إلى الله ، وصدقته العمل بالطاعة لله ، والتسليم لأمر الله ، والاسلام
ما ظهر من قول أو فعل ، وهو الذي عليه جماعة الناس من الفرق جميعها ، وبه حقنت
الدماء ، وعليه جرت المواريث وجاز النكاح واجتمعوا على الصلاة والزكاة والصوم
والحج ، فخرجوا بذلك من الكفر واضيفوا إلى الايمان - إلى أن قلت - : فهل للمؤمن
فضل على المسلم في شيء من الفضائل والأحكام والحدود وغير ذلك ؟ فقال : لا هما
يجريان في ذلك مجرى واحد ، ولكن للمؤمن فضل على المسلم في أعمالهما وما
يتقرر بان به إلى الله تعالى » الحديث .

وقال الفضيل بن يسار (٣) : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن الايمان
يشارك الاسلام ، ولا يشاركه الاسلام ، إن الايمان ما وقر في القلوب ، والاسلام ما
عليه المناكح والمواريث وحقن الدماء ، والايمان يشارك الاسلام والاسلام لا يشارك
الايمان » .

وقال القاسم الصيرفي شريك المفضل (٤) : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول :
الاسلام يحقن به الدم ويؤدي به الامانة ويستعمل به الفروج ، والثواب على الايمان » .

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٥ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ٢٦ .

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ .

وصحيح عبد الله بن سنان (١) قال: « سألت أبا عبد الله عليه السلام بم يكون الرجل مسلماً يجعل منا كحته وموارثته وبم يحرم دمه؟ فقال: يحرم دمه بالاسلام إذا ظهر ويحل منا كحته وموارثته » الى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على اشتراك المسلم والمؤمن بالمعنى الاخص في هذه الأحكام ، خصوصاً في زمان التقية والهدنة ، وهو الزمان الذي لم تقم فيه يد الشرع ، كما أوما اليه خبر العلاء بن رزين (٢) لما سأل أبا جعفر عليه السلام عن جمهور الناس فقال: « هم اليوم أهل هدنة ، ترد شاكلتهم ، وتؤدّي أمانتهم ، وتحقق دماؤهم ، وتجوز منا كحتهم وموارثتهم في هذا الحال » .

كل ذلك مضافاً إلى خبر الفضيل بن يسار (٣) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرأة العارفة هل أزوجه الناصب؟ قال: لا ، إن الناصب كافر ، قال: فأزوجه الرجل غير الناصب ولا العارف ، فقال: غيره أحب الي منه » وما يشعر به خبر زرارة (٤) في المستضعف قال: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوج مرجئة أم حرورية؟ قال: عليك بالبله من النساء ، قال زرارة: قلت: والله ما هي إلا مؤمنة أو كافرة ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : فأين أهل تنوي الله؟ قول الله عز وجل "أصدق من قولك: إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً" (٥) » وخبر حمران بن أعين (٦) « كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأة برضاها ، فذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام ، فقال: أين أنت من البلهاء واللواني لا يعرفن شيئاً؟ قلت: إنا نقول: إن الناس على وجهين: كافر ومؤمن ، فقال: فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً؟ وأين الملجون لأمر الله؟ أي عفو الله » إلى غير ذلك من النصوص الدالة على حكم المستضعفين منهم .

ومنه يعلم إرادة الكراهة من النهي (٧) عن تزويج المستضعف المؤمنة

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٧ .

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١١ - ١ .

(٤) سورة النساء : ٤ - الآية ٩٨ .

(٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٨ - ٦ .

(٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٨ - ٦ .

كالكرهية في تزويج العارفة غير العارف (١) وحينئذ تتفاوت الكراهة في النكاح منهم ترتيبها في إنكاحهم ، فكما أنه يكره النكاح منهم وخصوصاً غير البله والمستضعفات من نسائهم كذلك يكره إنكاحهم خصوصاً غير البله والمستضعفين منهم ، وعلى ذلك تجتمع جميع النصوص التي لا ينكر انسياق الكراهة منها كما لا يخفى على من رزقه الله معرفة لسانهم ورموزهم والجمع بين كلماتهم .

ومن الغريب مناقشة بعضهم في النصوص السابقة بأنها مع قصور أسانيدنا لا صراحة فيها بجواز تزويج المؤمنة بالمخالف ، وغايتها العموم القابل للتخصيص بالعكس ، أي تزويج المؤمن المخالفة ، لتصريح الأخبار الأولية بالمنع من تزويج المؤمنة بالمخالف ، فتعارض الأخبار تعارض العموم والخصوص ، واللازم حمل الأول على الثاني ، إذ لا يخفى عليك عدم قبول صحيح ابن سنان منها وغيره لذلك ، واستبعاد إرادة خصوص هذا الفرد من خصوص لفظ التناكح والفروج منها دون الدماء والمواريث ، وقد قال الباقر عليه السلام في خبر هشام بن الحكم (٢) منكرأ : « يتكافؤ دماءكم ولا يتكافؤ فروجكم » ، على أن ذلك قد ذكر في بيان اتحاد حكم المؤمن والمسلم في ذلك واختلافهما في الكفر باطناً وعدمه .

و منه يعلم عدم احتمال إرادة الإيمان من الاسلام فيه ، لعدم احتمال إرادة جواز مناحبتهم بعضهم مع بعض ، وأنهما واضحا الفساد . بل لا يليق ذكرهما ممن له نصيب في هذا العلم ، ومثلهما احتمال جواز ذلك للضرورة من تقيّة وغيرها ، وليت شعري ما أدري ما الداعي الى هذه الخرافات ، وكيف تكون الضرورة المزبورة ملحقة للأولاد ومثبتة للمواريث وغير ذلك من الأحكام المعلوم ثبوتها بالضرورة من الدين ، نعم هي التقيّة الزمائية التي سنشير إليها الجارى عليها أحكام الصحة ، وقد تكرّر من علي بن الحسين عليه السلام (٣) لما أنكر عليه النكاح من بعض الناس وإنكاحهم

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢ و ٣ .

« إن الله قد دفع بالاسلام كل خسيصة ، وأتم به الناقصة و أذهب به اللؤم ، فلا لؤم على مسلم ، إنما اللؤم لؤم الجاهلية ، ونحوه عن رسول الله ﷺ في قصة جويبر (١) المعروفة .

كل ذلك مضافاً إلى ما وقع من تزويج أمير المؤمنين عليه السلام ابنته من عمر (٢) و تزوج عبدالله بن عمر بن عثمان فاطمة بنت الحسين عليه السلام (٣) و تزوج مصعب بن الزبير أختها سكينه (٤) وغير ذلك ، بل الظاهر أن التقية الزمانية تسوغ أزيد من ذلك ، نعم لو انقلب الزمان وظهرت كلمة الحق لم يتكافؤ الدماء ولا الفروج ولا غير ذلك ، فلا يقتل المؤمن بالآلاف منهم ، نسال الله تعجيل الفرج و قيام العدل ، و من لاحظ شدة ما جاء في أمر التقية التي بها حفظت الدماء و تزوج المذهب علم أن ذلك كله سهل في مقابلة المصالح المرتبة عليها ، ولولاها لم يكن للشيعة اسم ولا وقف منهم على رسم ، فجزى الله عداً وآله ﷺ عنا خير الجزاء ، لم يألوا جهداً في حفظ هذه الفرقة دنيأ و آخرة .

و كان المسألة من الواضحات و إن اشتهر خلاف ذلك بين المتأخرين و متأخريهم ، و لوضوحها تركنا الاطناب فيها والاكثر من ذكر النصوص والمؤيدات لذلك . و ما يتفرع على القول المقابل من الانفساخ لو تجددت المعرفة بعد النكاح ما لم يؤمن الزوج في العدة على حسب ما سمعته في الكافر و عدمه ، و من جريان المسألة في فرق الشيعة غير الاثنى عشرية ، فلا تتزوج المؤمنة بهذا المعنى غير المؤمن به ، و من جريانها في فرق الشيعة غير الامامية بالنسبة الى بعضهم بعض إذا كانوا مختلفين في الاقرار بالائمة ﷺ ، فلا يجوز للمقرة بالسبعة منهم مثلاً

(١) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ والمستدرک

الباب ١٠ منها .

(٣) غاية الاختصار ص ٣٢ ط النجف .

(٤) وفیات الاعيان ج ٢ ص ١٣١ ط مصر والاغانى ج ١٤ ص ١٦٥ و ١٦٨ .

نكاح المفسر^١ بالخمس مثلاً ، ولا نكاح من أشرك غيرهم معهم في الامامة كالزيدية وغيرهم ، فضلاً عن عدم جواز نكاحها للمخالف مع احتمال الجواز ، لا شترأكهم في عدم الايمان بالمعنى الأخص ، فهم حينئذ بالنسبة الى ذلك ملة واحدة ، وإغفال النصوص والفتاوى التعرض لذلك وغيرها مما يؤيد كون المدار على الاسلام في النكاح ، وأن جميع فرقه التي لم يثبت لها الكفر بنصب أو غلو أو نحو ذلك ملة واحدة يشتر كون في التناكح بينهم والتوارث وغيرهما من الأحكام والحدود ، والله العالم .

﴿ نعم لا يصح نكاح الناصب المعلن بعداوة أهل البيت ﴾ ولا نكاح الناصبية كذلك . ﴿ لا تركابو ﴾ ما ﴿ ما يعلم بطلانه من دين الاسلام ﴾ مع فرض تدينهما بذلك ، فهو حينئذ إنكار لضروري من ضروريات الدين ، ودخول في سبيل الكافرين ، كغيره ممن كان كذلك بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، والنصوص (١) كادت تكون متواترة فيه ، بل هي كذلك ، بل الظاهر تحقق النصب المقتضي للكفر بالبغض والعداوة لواحد من أهل البيت وإن لم يتخذ ذلك ديناً ، ضرورة صدق اسم الناصب عليه ، فانه العدو المبغض ، بل الظاهر تحققه بالبغض والعداوة وإن لم يكن معلناً ، ففي خبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : « دخل رجل على علي بن الحسين عليه السلام ، فقال : إن امرأتك الشيبانية خارجية تشتم علياً عليه السلام فان سرك أن أسمعك ذلك منها أسمعك ، فقال : نعم ، فقال : إذا كان غداً حين تريد أن تخرج كما كنت تخرج فعد واكمن في جانب الدار ، قال فلمّا كان من الغد كمن في جانب الدار ، وجاء الرجل فكلّمها ، فتبين ذلك منها ، فخلّى سبيلها وكانت تعجبه ، ثم الظاهر ندرة ذلك في هذا الزمان أو عدمه ، كما اعترف به في المسالك و أوماً اليه عليه السلام في خبر ابن سنان (٣) بقوله : « إنك لا تجد أحداً

(١ و ٢) الوسائل الباب ١٠- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٧-٠ .

(٣) الوسائل الباب ٢- من أبواب ما يجب فيه الخمس الحديث ٣ والباب ٦٨-

من أبواب القصاص في النفس الحديث ٣ من كتاب القصاص .

يقول : إني أبغض آل محمد ، فلا يلتفت الى دعوى كون الناصب مطلق المخالف كما سمعته سابقاً ، وقد أشبعنا الكلام في تفسير الناصب في كتاب الطهارة (١) .

﴿و﴾ كيف كان ﴿هل يشترط﴾ في الكفو مع ذلك ﴿تمكنه من النفقة ؟﴾ قيل: نعم ﴿والقائل الشيخان في المقنعة والمبسوط والخلاف وبنو زهرة وادريس وسعيد والعلامة في التذكرة والمختلف على ما حكى عن البعض ، لقول الله تعالى (٢) : « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيما نكحكم » إلى آخرها ، وقول النبي ﷺ (٣) لفاطمة بنت قيس لما أخبرته أن معاوية يخطبها : « إن معاوية صعلوك لا مال له » وقول الصادق عليه السلام (٤) : « الكفو أن يكون عفيفاً و عنده يسار » ولما في ذلك من الاضرار بالمرأة ، ولعدّه في النقص عرفاً ، لتفاضل الناس في اليسار تفاضلهم في النسب ، ولأنّ بالنفقة قوام النكاح ودوام الأزواج .

﴿وقيل﴾ والقائل الأكثر : ﴿لا﴾ يشترط ذلك للمعومات (٥) و أقوله تعالى (٦) : « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » وقوله تعالى (٧) : « إن مع العسر يسراً » وقوله ﷺ في تفسير الكفو (٨) : « أن يرضى دينه و خلقه » و خبر جويسر (٩) ﴿و﴾ غيره ﴿هو الأشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ، والآية

(١) الجزء السادس من ٦٣ الى من ٦٧ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٥ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٣٥ .

(٤) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٤ .

(٥) الوسائل الباب -١- من أبواب مقدمات النكاح .

(٦) سورة النور : ١٢ - الآية ٣٢ .

(٧) سورة الشرح : ٩٤ الآية ٦ .

(٨) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ إلا انه ليس في

تفسير الكفو .

(٩) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

من الارشاد أوفي المهر، كقول النبي ﷺ لفاطمة (١) لما استشارته وأرادت النصيحة منه ، والمراد من الكفو في الثأني العرفي ، ضرورة عدم اعتبار العفة فيه شرعاً ولا إضرار بعد الإخبار، ولا نقص في عدم المال خصوصاً بعد كون أولياء الله غالباً كذلك ، بل كان المسألة من الواضحات .

و من هنا نص "ابنا إدريس وسعيد فيما حكى عنهما على أن المراد أن لها الخيار إذا تبين لها العدم لا الفساد ، بل في المختلف الاجماع على عدم اشتراطه في صحة العقد مع علمها ، وفي كشف اللثام بعد أن حكى ذلك عنه قال : والأمر كذلك ، وللمهم مجمعون على الصحة مع الجهل أيضاً كما ذكره الشهيد ، ولكن في الإيضاح أن الأقوال ثلاثة : الاشتراط وعدمه والخيار ، قلت : كأنه لحظ ظاهر اعتبار الشيخين وابن زهرة الايمان والتمكن من النفقة في الكفاءة في مقابلة من اعتبر أزيد من ذلك فيها من العامة .

وعلى كل حال هو على تقديره في غاية الضعف ، ويمكن حمل كلامهم على إرادة وجوب اعتبار ذلك من الولي "والوكيل باعتبار المفسدة على المرأة بذلك ، إلا أن ذلك يقتضي كون العقد فضولاً حينئذ فاسداً أو يحتمل على إرادة عدم وجوب الاجابة على القول به فيما لو خطب القادر على النفقة دفعاً للمخرج وجمعاً بين الأدلة ، بل عن الشهيد لا أعلن أحداً خالف فيه .

ومن ذلك يعلم الحال في اعتبارهم الايمان مع التمكن من النفقة في الكفاءة ، فانه يحتمل إرادتهم التسلط على الخيار ، أو أن للمرأة الفسخ مع فرض نكاح الولي أو الوكيل، أو أن المراد عدم وجوب الاجابة بناءً على إرادة المعنى الشخص من نحو ما سمعته في التمكن من النفقة ، لاتحاد المساق فيهما وإلا كان الفساد متجهاً إليهما معاً أيضاً .

بل الظاهر فساد دعوى الخيار أيضاً ، لأصالة لزوم و خصوصاً في النكاح الذي لم يقبل اشتراط الخيار ، خلافاً لجماعة منهم الفاضل في المختلف وإن كان هو قد

اضطرب رأيه في المسألة ، ففي الكتاب المزبور لم يعتبر اليسار في الكفاءة ، واكتفى بالایمان ، ولكن خيّرهما مع الجهل لوتزوجت بفقير ، وفي المحكي عن تذكره أنه اعتبر فيها اليسار ، وجوز للولي أن يزوجه بالفقير ، ولو كان الذي يزوجه السلطان لم يكن له أن يزوجه إلا بكفو ، وفي القواعد لم يجعله شرطاً ولا سبباً للخيار ، وهو الأصح لما عرفت ، ونفي الضرار لا يقتضي التسلط على الخيار مع عدم الانجبار ، خصوصاً مع عدم احراز الراغب فيها من المؤسرين ، وخصوصاً بعد قوله تعالى (١) : « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » ، وإن مع العسر يسراً ، (٢) الذي استدل به أمير المؤمنين عليه السلام في الخبر (٣) الأتي الذي قد يستفاد منه أيضاً ما نحن فيه ، وخصوصاً بعد أن شرع الله ما يرتفع به الضرار المزبور ، ضرورة وجوب الاتفاق عليهما من بيت المال أو من المسلمين كفاية مع فرض الاعسار .

﴿و﴾ من ذلك يعلم الحال فيما ﴿لو تجد عجز الزوج عن النفقة﴾ وأنه ﴿هل تسلط﴾ بذلك ﴿على الفسح﴾ ؟ وإن قال المصنف : ﴿فيه روايتان﴾ لكن ﴿أشهرهما﴾ عملاً ﴿أنه ليس لها ذلك﴾ لا بنفسها ولا بالحاكم ، بل في المسالك أنه المشهور ، وهي ما روى (٤) عن أمير المؤمنين عليه السلام « إن امرأة استعدت إليه على زوجها للاعسار ، فأبى أن يحبسها ، وقال : إن مع العسر يسراً » مضافاً إلى ما عرفت من العمومات وغيرها وزيادة الاستصحاب هنا ، خلافاً للمحكي عن أبي علي ، فسقطها على الفسخ ، وفي كشف اللثام وقيل يقسمه الحاكم ، وهو قوي ، فإن لم يكن الحاكم فسخت ، لقوله تعالى (٥) : « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » والامسك بلا نفقة ليس بمعروف ، وللغرض والخرج ، وصحيح أبي بصير (٦)

(١) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٢ .

(٢) سورة الشرح : ٩٤ - الآية ٦ .

(٣ و ٤) المستدرك الباب ١ - من أبواب النفقات الحديث ٥ .

(٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٦) الوسائل الباب ١ - من أبواب النفقات الحديث ٢ .

عن الباقر عليه السلام « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الامام أن يفرق بينهما » وصحيح ربعي والفضيل (١) عن الصادق عليه السلام « إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فرق بينهما » .

وفيه منع كون الامساك بلا نفقة من غير المعروف مع الاعسار و كونها ديناً عليه ، على أنه قد تقدم في تفسير الآية من النصوص (٢) ما ينافي ذلك ، والزام الحاكم - مع المرافعة والمنازعة وقيام عصاة الشرع و نظره الى المصلحة للقادر الممتنع بالطلاق الذي يحمل عليه ما في الخبرين إن لم يكن ظاهرهما ولو للجمع بينهما وبين ما سمعته من أمير المؤمنين عليه السلام - أمر خارج عما نحن فيه من تسلطها على الفسخ أو تسلط الحاكم عليه ، كما هو واضح .

هذا وعن فخر المحققين بناء ما هنا من الخلاف على أن اليسار بالنفقة ليس شرطاً في لزوم العقد ، إذ لو جعلناه شرطاً لسلطت على الفسخ بتجدد العجز بغير إشكال ، وفيه أنه يمكن عليه اختصاص ذلك بالابتداء دون الاستدامة كما في الميوس المجوزة للفسخ ، وربما يؤيده إطلاق الأصحاب هنا ، نعم لا إشكال في عدم الفسخ بناءً على عدم تسلطها عليه به لو بان قبل العقد ، ضرورة أولوية ما هنا منه بذلك ، كما هو واضح .

﴿ وكيف كان فلا إشكال ولا خلاف معتد به في أنه ﴾ يجوز ﴿ عندنا ﴾ إنكاح الحرّة العبد والعريّة العجمي والهاشميّة غير الهاشمي وبالعكس ، وكذا أرباب الصنائع الديّة كالكناس والحجام وغيرهما ﴿ بذوات الدّين ﴾ من العلم والصّلاح ﴿ والبيوتات ﴾ وغيرهم ، لعموم الأدلة وخصوص ما جاء من تزويج جويبر الدلفاء (٣) ومنجج بن رباح مولى علي بن الحسين عليه السلام بنت ابن أبي رافع (٤) ونكاح

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب النفقات الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٧ و ١٠ و ١٢ و ١٣ من كتاب الطلاق .

(٣) (٤) الوسائل الباب ٢٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

علي بن الحسين عليهما السلام مولاته (١) و نكاح رسول الله ﷺ عائشة وحفصة (٢) و نكاح العوام صفية (٣) و المقداد ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب (٤) و عثمان (٥) و أبي العاص (٦) و عمر (٧) و عبد الله بن عمر بن عثمان (٨) و مصعب بن الزبير (٩) بنات رسول الله ﷺ و علي و الحسين عليهما السلام ، و قد قال رسول الله ﷺ لما زوج المقداد ابنة الزبير بن عبد المطلب (١٠) : « إنما أردت أن تتضع المناكح ، كقوله صلى الله عليه وآله (١١) : «المسلم كفو المسلمة ، والمؤمن كفو المؤمنة ، وداؤمون بعضهم أكفاء بعض» (١٢) و إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجه ، إن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» (١٣) .

فما عن ابن الجنيدي - من أنه اعتبر فيمن تحرم عليهم الصدقة أن لا ينزوجه

-
- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .
 (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٤ .
 (٣) أنساب الأشراف ج ١ ص ٩٠ ط مصر .
 (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .
 (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٤ .
 (٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١٤ و الباب - ١٣ - منها - الحديث ٢ .
 (٧) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ و المستدرک الباب - ١٠ - منها .

- (٨) غاية الاختصار ص ٣٢ ط النجف .
 (٩) وفيات الأعيان ج ٢ ص ١٣١ ط مصر و الأغانى ج ١٤ ص ١٦٥ و ١٦٨ .
 (١٠) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٥ .
 (١١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .
 (١٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .
 (١٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

فيهم إلا منهم لثلاث يستحل بذلك الصدقة من حرمت عليه إذا كان الولد منسوباً إلى من تحل له الصدقة - مسبق بالاجماع وملحوق به وإن كان ربما يشهد له في الجملة خبر (١) بلال قال : « لقي هشام بن الحكم بعض الخوارج فقال : يا هشام ما تقول في المعجم يجوز أن يتزوجوا إلى العرب ؟ قال : نعم ، قال : فالعرب تتزوج من قريش ، قال : نعم ، قال : فقريش تتزوج في بني هاشم ، قال : نعم ، قال : عمن أخذت هذا ؟ قال : عن جعفر بن محمد عليهما السلام سمعته يقول : يتكافؤ دماؤكم ولا تمكافؤ فروجكم ؟ قال : فخرج الخارجي حتى أتى أبا عبد الله عليه السلام ، فقال : إني لقيت هشاماً فسألته عن كذا فأخبرني بكذا ، وذكر أنه سمعه منك ، قال : نعم قد قلت ذلك ، فقال الخارجي : فها أنا ذا قد جئتكم خاطباً ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : إنك لكفو في دينك وحسبك في قومك ، ولكن الله تعالى صاننا عن الصدقة ، وهي أوساخ أيدي الناس ، فنكره أن نشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله له مثل ما جعل لنا ، فقام الخارجي وهو يقول : تالله ما رأيت رجلاً قط مثله ، ردني والله أقبح ردّ وما خرج عن قول صاحبه ، والمرسل في الفقيه (٢) « إنّه نظر النبي ﷺ إلى أولاد علي عليه السلام وجعفر فقال بناتنا لبنينا وبنونا لبناتنا ، لكن من المعلوم خصوصاً الأخير عدم إرادة حرمة ذلك .

نعم في المسالك « إنه اعتبر بعض في الكفاءة زيادة على ما ذكر الحرية والنسب والحرقة ، وفرّع على النسب أن العجمي ليس كفواً للعربية ، و غير القريشي ليس كفواً له ، ولا مطلق القريشي كفواً للهاشمية ، وعلى الحرقة أن أصحاب الحرف الدنية ليسوا أكفاء للأشراف ولا لسائر المحترفة ، والكل ضعيف والأخبار النبوية والأفعال تنفيه » .

قلت : ما حضرنى من كتبهم قد اعتبر فيه في الكفاءة ذلك وأزيد منه من بعض الأمور المنافية للكفاءة عرفاً أولكمالها لا شرعاً ، لكنهم صرحوا بكون المراد

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣

وتمامه في الكافي ج ٥ ص ٣٢٥ وفيهما عن علي بن بلال .

(٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٧ .

من ذلك تسلط المرأة على الفسخ إن شئت مع فرض تزويج وليها وإياها وهي غير عالمة ، لا أن المراد فساد النكاح حتى مع العلم والرضا ، ولعل للأصحاب فيما تقدم سابقاً من نكاح الولي الصغيرة كلاماً يشبه ذلك ، نحو قولهم لو زوجها الولي من غير الكفو كان لها الخيار ، ضرورة إرادة الكفو عرفاً لا شرعاً وإلا كان النكاح باطلاً ، لأن لها الخيار ، ومبناه على اعتبار المصلحة في تصرف الولي بالنسبة إلى ذلك أو عدم المفسدة ، ونحو ما سمعته من اعتبار التمكن من النفقة في الكفاءة ، نعم ربما كان بعض كلام في أفراد فاقد المصلحة وواجد المفسدة ، كالكلام في أن المراد بالخيار اجازة العقد وعدمه أو فسخه بعد الصحة وأن الولي يبقى ولايته على البكر البالغة الرشيدة أولاً ، كما عرفت البحث في ذلك كله ، والأمر سهل ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فقد ذكر المصنف وغيره أنه ﴿لو خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته وإن كان أخفض نسباً ، ولو امتنع الولي كان عاصياً﴾ ولكن لا ريب في منافاته لما وقع منه ومن غيره أيضاً من كراهة تزويج الفاسق ، وخصوصاً شارب الخمر والزاني والمخالف ، ولما في النصوص (١) من كراهة تزويج المهاجرة بالأعرابي ، وغير ذلك مما لا يجتمع مع وجوب الإجابة إلا بنوع من التأويل ، فلا بد من تقييد ذلك بما إذا لم يكن ممن يكره مناهجته ، بل في كشف اللثام زيادة : ولم يعلم فيه شيء من السلطات على الفسخ ، ولم تأب المولوى عليها ، مضافاً إلى ما في المسالك من تقييده بعدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوة ، ثم قال : « وإما يكون عاصياً مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئ وإن كان أدون منه ، وإلا جاز العدول إليه ، وكان وجوب الإجابة تخييراً ، فلا يكون الولي عاصياً بذلك » .

على أن أصل الحكم لا يخلو من إشكال ، إذ هو في الولي الشرعي لصغر ونحوه مع عدم مصلحة خارجية تقتضي الوجوب بشكل دعواه ، للأصل وانتفاء الحاجة ، وفي المخطوبة التي هي أولى بنفسها لا يجب عليها أصل النكاح فضلاً عن خصوصياته ،

ودعوى وجوب الاجابة عليها للخاص بعد فرض عزمها على أصل النكاح لا دليل عليها ، بل السيرة المستمرة على خلافها ، وربما كان في تعليق الأمر على رضاها إشارة إلى عدم وجوب الاجابة عليها ، والأمر في النصوص (١) السابقة بتزويج من يرضى دينه و خلقه إنما هو للأولياء العرفيين بمعنى عدم مشروعية الامتناع من حيث الحسب والنسب والشرف والغناء والعظمة ونحو ذلك مما كان مستعملاً للعرب في الجاهلية ، وكذا قوله تعالى (٢) « و انكحوا الأيامى » إلى آخرها ، أو أن المراد به عدم جواز الامتناع منهم بعد فرض رضا المخطوبة ولو بقرائن الأحوال مع تأدية امتناعه إلى عدم وقوع النكاح ، ولو للعادة بعدم استقلال البنت في أمرها رغباً ورهباً في وليها ومنه أودحو ذلك مما لا يقتضي الوجوب على من بيده عقدة النكاح من الولي ، أو المخطوبة من حيث خطبة المؤمن القادر على النفقة .

وكأنه لذلك قال ابن إدريس فيما حكى عنه (٣) « روى أنه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته و كان عنده يسار بقدر نفقتها و كان ممن يرضى أفعاله و أمانيه و لا يكون مرتكباً لشيء ما يدخل به في جملة الفساق وإن كان حقيراً في نسبه قليل المال فلم يزوجه إياها كان عاصياً لله تعالى مخالفاً لسنة نبيه ، و وجه الحديث في ذلك انه إنما يكون عاصياً إذا رده و لم يزوجه لما هو عليه من الفقر والأففة منه لذلك ، واعتقاده أن ذلك ليس بكفو في الشرع ، فأما إن رده و لم يزوجه لا لذلك بل لأمر آخر و غرض غير ذلك من مصالح دنياء فلا حرج عليه ، ولا يكون عاصياً ، فهذا فقه الحديث ، و مرجه إلى ما ذكرنا من معصيته إذا أذرى بالخاطب أضرار المخطوبة . و من ذلك يعلم ما في المسالك ، فانه - بعد أن ذكر أنه هل يعتبر في وجوب الاجابة بلوغ المرأة أم يجب على الولي الاجابة لمن ذكر وإن كانت صغيرة ؟ وجهان من إطلاق الأمر وانتفاء الحاجة ، والأصل في تخصيص الأولياء بالحكم أنه المجيب

(١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٢ .

(٣) السرائر ص ٢٩٥ ط إيران .

والمنايع غالباً وإن لم يكن له الولاية شرعاً ، والأمر في الأخبار متعلق به لذلك - قال : « و في صحيحة علي بن مهزيار (١) قال : « كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته وأنه لا يجد أحداً مثله ، فكتب إليه أبو جعفر (عليه السلام) : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وأنت لا تجد أحداً مثلك ، فلا تنظر في ذلك رحمك الله ، فإن رسول الله ﷺ قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فردوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، دلالة على جميع ما ذكره المصنف من الأحكام لاقتضاء الأمر الوجوب ، واستلزام مخالفته المعصية وتناوله الأخفض نسباً ، قلت : لكن قد عرفت أن المراد من هذا الأمر (٢) .

وكذا ما في كشف اللثام فإنه بعد أن ذكر النبوي (٣) قال : « و لأن علي الولي أن يفعل ما هو أصلح للمولّى عليه ، ثم إن كانت البالغة مولّى عليها فلا إشكال ، وإلا فإن كانت المخطوبة بالغة ولكن يعلم من حالها أنها لا تستقل بالنكاح حرم على الولي ردّ الخاطب إذا اتصف بما ذكر ، فإنه ليس إلا منعاً لهما عن حاجتهما المرغوبة شرعاً وإن كانت صغيرة فالظاهر أنه كذلك إن كان فيه مصلحتها ، ويؤيده قوله (عليه السلام) : (٤) « لا تؤخروا أربعاً - وعدّ منها - تزويج بكر إذا وجد كفواً » قلت : ليس محل البحث وجود المصلحة بالنسبة إلى المولّى عليه ، ضرورة خروجه عما نحن فيه ، وإنما الكلام في الوجوب شرعاً من الولي الحقيقي من حيث خطبة المؤمن القادر على النفقة ، كما أنه ليس منه فرض رغبة الخاطب والمخطوبة ، فإنه ليس للولي العرفي المنع قطعاً .

(١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية المبينة ، والصحيح « لكن قد عرفت المراد من هذا الأمر ،

كما هو كذلك في المسودة التي هي بخط المصنف طاب ثراه .

(٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢ .

(٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٣٣ وفيه « ثلاثة لا تؤخرها ، . . . والايام اذا وجدت كفواً » .

ولعلّه لما ذكرنا أطلق في محكي التذكرة استحباب تأخير تزويج الصغيرين إلى البلوغ، قال: «لأن النكاح يلزمهما حقاً، وليكونا من أهل الاذن فليستأذنا أوليا العقد بأنفسهما عندنا، لأن قضاء الشهوة إنما يتعلق بالزوجين، فنظرهما لأنفسهما فيه أولى من غيرهما، خصوصاً فيمن يلزمهما عقده، كالأب والجد، كما أن منه عرفت الحال في أصل الحكم، والله العالم.

﴿ولو انتسب الزوج إلى قبيلة فبان من غيرها كان للزوجة الفسخ﴾ عند الشيخ في النهاية وابن حمزة وسعيد على ما حكى عن الأخير منهم، للتدليس، ومضمّن الحلبي الصحيح (١) «في رجل تزوج امرأة فيقول: أنا من بني فلان فلا يكون كذلك، قال: يفسخ النكاح، أو قال: يرد» وردّه في كشف اللثام وغيره بالاضمار قال: «ولا يجدي أن الحلبي أعظم من أن يروي نحو ذلك عن غير الامام، لاحتمال رجوع الضمير إلى الحلبي، ويكون الراوي عنه سأله، وعلى كل حال فقد وافقهم في المختلف إذا ظهر أنه أدنى ممن انتسب إليه بحيث لا يلائم شرف المرأة، لما فيه من الغضاضة والضرر، والخبر، بدعوى أن المتبادر منه ذلك، وابن إدريس فيما حكى عنه «إن شرط ذلك في العقد سواء كان من قبيلة أدنى ممن انتسب إليها أو أعلى، للتدليس في العقد، فأنهما إنما تراضيا بالعقد على ذلك، فإذا ظهر الخلاف أعرض للفساد، بل ظاهر المسالك المفروغية من ذلك، للعموم.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عن مبسوطه والأكثر على ما في المسالك: ﴿ليس لها﴾ الفسخ وهو أشبه ﴿بأصول المذهب وقواعده المستفادة من قوله تعالى (٢): «أوفوا بالعقود» وحصر رد النكاح في غير ذلك في صحيح الحلبي (٣) ومن معلومية بناء النكاح على اللزوم ولذا لم يجز فيه اشتراط الخيار، بل ظاهر المصنّف والفاضل في القواعد كما اعترف به في كشف اللثام عدم الفرق بين أن تكون

(١) الوسائل الباب -١٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ١٠ .

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ .

قبيلته دون من انتسب إليها أم لا ، وسواء كانت دون قبيلتها أم لا ، ومن غير فرق بين الشرط و عدمه ، بل في كشف اللثام عن المبسوط فإنه بعد أن ذكر أن من دلّس بالحربة فإن لم يشترطها في العقد كان النكاح صحيحاً قولاً واحداً ، وإن شرطها فيه كان فيه قولان ، قال : « و هكذا القولان إذا انتسب إليها نسباً فوجد بخلافه ، سواء كان أعلى مما ذكر أودونه » وهو يعطي أن الخلاف إنما هو عند الاشتراط في العقد ، ثم قال : « وإن كان الغرور بالنسب فإن وجد دون ما شرط و دون نسبها فلها الخيار ، لأنه ليس كفواً ، وإن كان دون ما شرط لكنّه مثل نسبها و أعلى منه ، مثل أن كانت عربيّة فشرط هاشميّاً فبان قرشيّاً أو عربيّاً ، فهل لها الخيار أم لا ؟ فالأقوى أنه لا خيار لها ، وفي الناس من قال : لها الخيار ، وقد روى (١) ذلك في أخبارنا » انتهى ، ومراده بالكفو العرفي لا الشرعي ، ولها الخيار حينئذ دفعاً للضرورة والغضاضة ، و أما من كان مثل نسبها أو أعلى فليس من ذلك ، وفي كشف اللثام « وفيه الاشتراك في التدليس » .

قلت : لكن الكلام فيما يدل على الخيار به في النكاح مطلقاً سواء حصل منه ضرر أولاً ، بل و فيما يدل عليه فيه بتخلف الوصف في الزوجة أو الزوج ، بل و بتخلف نحو ذلك لو كان على جهة الشرطية دون الوصف ، بل و بتخلف الشرائط التي ليست بشرائط أوصاف ، بل شرائط إلزامات ، كشرطية تمليك دار أو عبد مثلاً ، و قياس النكاح على البيع في ذلك كله كما ترى ، خصوصاً مع الفرق بينهما بملاحظة الوصف في البيع في الثمن والمثمن بخلافه في الزوج والزوجة ، على أن المهر في النكاح فضلاً عن الشرائط التي هي قسط منه قد عرفت أن فساد لا يبطل النكاح ، و يصح فيه اشتراط الخيار دونه ، و ليس ركناً من أركان النكاح ، بخلاف الثمن في البيع ، « والمؤمنون عند شروطهم » (٢) لا يقتضى أزيد من الالتزام بالشرط القابل لأن يلزم بتأديته ، لا مثل شرط أوصاف العين الخارجية ، والاستناد

(١) الوسائل الباب -١٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث -٥٠- .

(٢) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث ٣ .

إلى المضمحل المزبور يقتضى العمل باطلاقه الذي لم يفرق فيه بين الاشتراط وعدمه،
والتعدية عن مضمونه تقتضى عدم الفرق بين الانتساب إلى قوم وغيره من الأوصاف
وبين انتسابها وانتسابه وأوصافها وأوصافه ، كما أن قاعدة الشرطيّة تقتضى
ذلك أيضاً .

ولكن لا يخفى عليك ما في ذلك كله من الاشكال ، ولعله لذلك صرح الشيخ
بعدم الخيار مع الاشتراط ، ولا ينافيه اثباته الخيار في الأوّل الذي علّله بعدم الكفاة
لأمن جهة الشرطيّة ، ويمكن حمل المضمحل المزبور على تزويج الولي أو الوكيل
أوغيرهما ممن يعتبر في لزوم نكاحه المصلحة أوعدم المفسدة، والمفروض بخلاف ذلك،
فتسلط على الخيار أو على ردّ العقد .

هذا ولكن ستعرف في باب التدليس ما يدلّ على ثبوت الخيار به مع اشتراط
ذلك في متنه ، بل ظاهرهم هناك الإجماع على ذلك ، بل يقوى في النظر ثبوت
الخيار إذا تزوّجها على الوصف الذي دلست به فبان الخلاف وإن لم يشترط ذلك
في متن العقد ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

﴿ ويكره أن يزوّج الفاسق ﴾ كما في القواعد وغيرها ، بل في المسالك
لا شبهة في كراهة تزويجه، حتّى منع منه بعض العلماء لقوله تعالى: (١) « أفمن كان
مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون » ومفهوم قوله ﷺ (٢) : « إذا جاءكم من ترضون
خلقه ودينه فزوّجوه » الدال على أن من لا يرضى دينه لا يزوّج ، والفاسق كذلك
و في كشف اللثام تعليله بأنه لفسقه حرّى بالاعراض والاهانة ، والتزويج إكرام
ومودة ، ولأنه لا يؤمن من الأضرار بها وقهرها على الفسق ، ولا أقل من ميلها إليه
أو سقوط محلّه من الحرمة عندها .

ولكن الجميع كما ترى لا يفيد الكراهة لمطلق الفسق حتّى الإصرار على
بعض الصفات الذي قلّ ما يخلو منه أحد ، والآية إنما يراد من الفسق فيها الكفر

(١) سورة السجدة : ٣٢ - الآية ١٨ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

بقريئة مقابلة الايمان ، على أن نفي الاستواء لا يقضي بكراهة التزويج ، و ليس مندرجاً فيمن لا يرضى دينه قطعاً ، بل و الخلق بناءً على أن المراد منه حسن السجايا التي لا ينافيها بعض أنواع الفسق ، كما عساه يومىء إليه النهي عن تزويج سيئىء الخلق ، قال الحسين بن بشار الواسطي (١) : « كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام أن لي قرابة قد خطب إلى ابنتي وفي خلقه سوء ، فقال : لا تزوجه إن كان سيئىء الخلق » و ليس كل فسق حرماً بالأعراض و الاهانة على وجه ينافيه التزويج ولا يؤمن معه من الاضرار بها و من قهرها عليه ، خصوصاً مع فرض فسقها ، ولا كل فسق يسقط حرمة الايمان التي قد علمت من الشريعة ، ولم نعرف من نسب إليه من العلماء المنع مناً ، بل في كشف اللثام لا يحرم اتفاقاً مناً ، ولعله من العامة ، إلا أنه يمكن أن يكون من إنكار الضرورات .

نعم لا ريب في الكراهة بالنسبة إلى بعض أنواع الفسق ، كشرب الخمر الذي قال المصنف فيه : ﴿ و تتأكد ﴾ أى الكراهة ﴿ في شارب الخمر ﴾ و قال الصادق عليه السلام (٢) : « من تزوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها » ﴿ و ﴾ كالزنا وغيرهما من أنواع الفسق التي فيها من الغضاضة و عدم الائتمان ما لا يخفى ، خصوصاً بالنسبة إلى بعض الناس و بعض النساء .

كما لا ريب في كراهة ﴿ أن تزوج المؤمنة بالمخالف ﴾ لما عرفته ﴿ و لا بأس بالمستضعف ، و هو الذي لا يعرف بعناد ﴾ بمعنى عدم تلك الكراهة الحاضرة في غيره و إن كان هو أيضاً مكروهاً ، للنهي عنه (٣) كالتنهي عن النكاح منهم (٤) و خصوصاً على المؤمن ، و إن خفت الكراهة في البله من سائهم و المستضعفات منهم ،

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٦ .

(٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر .

وفى خبر سدير (١) قال : « قال لى أبو جعفر عليه السلام : يا سدير بلغنى عن نساء أهل الكوفة جمال وحسن تبعّل فابتغ لى امرأة ذات جمال فى موضع ، فقلت : قد أصبتها جعلت فداك ، فلافه بنت فلان بن محمد بن الأشعث بن قيس ، فقال لى : يا سدير إن رسول الله ﷺ لعن قوماً فجرت اللعنة فى أعقابهم ، وإن علياً عليه السلام لعن قوماً فجرت اللعنة فى أعقابهم إلى يوم القيامة ، وأنا أكره أن يصيب جسدى جسد أحد من أهل النار » .

وكذا يكره نكاح الزيج قال أمير المؤمنين عليه السلام (٢) : « إيتاكم ونكاحهم ، فأنه خلق مشوه » و قال الصادق عليه السلام : (٣) « لاتنكحوا الزيج والخزر ، فإن لهم أرحاماً تدل على غير الوفاء ، قال : والسند والهند والقندليس فيهم نجيب ، يعنى القندهار » وقال عليه السلام أيضاً : (٤) « لاتنكحوا فى (من خل) الاكراد فانهم حى من الجن كشف الله عنهم الغطاء » وقال أمير المؤمنين عليه السلام : (٥) « إيتاكم وتزويج الحمقاء ، فان صحبتها بلاء ، و ولدها ضياع » وقال الصادق عليه السلام : (٦) « تزوجوا الأحمق ولا تزوجوا الحمقاء ، فان الأحمق قد ينجب والحمقاء لا تنجب » وعن الباقر عليه السلام (٧) وقد « سئل عن الرجل المسلم تعجبه المرأة الحسناء أ يصلح له أن يتزوجها وهى مجنونة ؟ قال : لا ، ولكن إن كانت عنده أمة مجنونة فلا بأس بأن يطأها ، ولا يطلب ولدها ، إلى غير ذلك مما ورد فى النصوص النهى عن نكاحه وإنكاحه المحمول على الكراهة وشدتها ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب -١٤٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ وليس فيه « ان عليا عليه السلام لعن قوماً فجرت اللعنة فى أعقابهم » .

(٢) الوسائل الباب -٣١- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١-٢ .

(٣) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١-٢ .

(٥) الوسائل الباب -٣٤- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

المسألة الثانية *

﴿ إذا تزوج بامرأة ﴾ و لو بزعم أنها عفيفة ﴿ ثم علم ﴾ أي بان ﴿ أنها كانت زنت لم يكن له فسخ العقد ﴾ وفاقاً للمحكي عن النهاية والخلاف والسرائر والجامع و موضع من المذهب وغيرها ، بل هو المشهور ، للأصل و حصر موجب الفسخ في غيره في صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام « إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل ، وخبر رفاعة (٢) عنه عليه السلام « عن المحدود والمحدودة هل يرد من النكاح ؟ قال : لا ، خلافاً للمحكي عن الصدوق وأبي علي ، فخيراء ، للعار الذي يندفع بالطلاق ، و لقول أمير المؤمنين عليه السلام (٣) « في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها ، قال : يفرق بينهما ، ولا صداق لها ، لأن الحدث كان من قبلها ، وهو مع الضعف وظهوره في الانفساخ لا يفيد المطلوب ، فإن ظاهره أن الزنا بعد العقد ، مع احتمال التفريق بالطلاق ، بل قيل : إنه أولى ، والمحكي عن المفيد وسائر والتقى والقاضي و موضع آخر من المذهب ، فخيروه إذا ظهر أنها حدثت في الزنا ، من غير تعرض لغير المحدودة من الزنا ، ولعله لكون العار فيها أشد ، وهم محجوجون بما عرفت .

و على كل حال فلا فسخ له ﴿ ولا الرجوع على الولي بالمهر ﴾ بعد فرض استحقاقها له بالدخول ، سواء أمسكها أو فارقها ، للأصل واستيفائه المعوض ، وإلا كان جامعاً بين المعوض والمعوّض عنه ، بل الظاهر أن عدم الفسخ لا يجمع تضمين المهر ، خلافاً للشيخ في النهاية ، فقال : له الرجوع ، وكذا ابن إدريس إن كان

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب ٥- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب ٦- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٣ .

الولي عالمًا بأمرها ، للتدليس وصحيح معاوية بن وهب (١) سأل الصادق عليه السلام عن ذلك فقال : « إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها ، ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وإن شاء تركها » ونحوه خبر عبد الرحمان بن أبي عبد الله (٢) عنه عليه السلام ولحسن الحلبي (٣) سألته « عن المرأة تلد من الزنا ولا يعلم بذلك أحد إلا وليها أ يصلح له أن يزوجه » ويسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفًا ؟ فقال : إن لم يذكر ذلك لزوجها ثم علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليها بما دلّس عليه كان له ذلك على وليها ، وكان الصداق الذي أخذت لها ، لاسبيل عليها فيه بما استحل من فرجها ، وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس .

وإلى ذلك أشار المصنف بقوله : ﴿ وروى أن له الرجوع ، ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وهو شاذ ﴾ وفي كشف اللثام « يمكن حملها على ما إذا شرط على الولي أن لا تكون زانية ، وقوله عليه السلام في الخبر الأول : « إن شاء تركها » يحتمل أن يكون بمعنى الإمساك كما في هذا الخبر ، وأن يكون بمعنى الفراق بطلاق أو فسخ على القول به ، قلت : على الأول يكون المراد الإمساك من غير رجوع بالمهر كى يصح مقابلاً لقوله عليه السلام أولاً : « إن شاء أخذ » بل يتعين إرادة الكناية بالأول عن الفسخ ثم الرجوع بما اغترمه للمرأة ، حينئذ يتجه الاستدلال بهذه النصوص للصدوق والإسكافي على الخيار ، بل قد يؤيد ذلك إمكان دعوى منافاة عدم الفسخ للرجوع بالمهر الذي قد تضمنته على الولي ، ضرورة اقتضائه رضاه بالبضع الذي هو بدل عوضه ، نعم لو فسخ العقد والفرض أن المرأة قد غرمتها بما استحل من فرجها الصداق كان له الرجوع به على من غرّمه لا أنه يرجع به عليه مع عدم الفسخ ، فيكون حينئذ قد جمع بين العوض والمدّوس عنه ، ومقيماً على الانتفاع بالبضع بلا عوض .

(١) أشار إليه في الوسائل في الباب ٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢

وذكره في الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٢) (٣٠٢) الوسائل الباب ٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢-١ .

و من ذلك يعلم ضعف القول بالرجوع بالمهر على الولي مع عدم الفسخ ، خصوصاً مع اقتضاء التعليل المقتضي لذلك أنه يرجع عليها لو فرض مباشرتها للنكاح بنفسها من غير ولي ، و يلزم منه استدامة استحلال الانتفاع ببعضها من غير عوض ، وهو خلاف المعلوم نصاً و فتوى في غير المقام ، كما أن منه يعلم شذوذ مفاد الأخبار المزبورة ، ضرورة عدم ثبوت القول بالرجوع بالمهر على الولي مع الفسخ من الصدوق وأبي علي ، بل ظاهر الخبر المذكور سنداً لهما عدم الصداق لها ، و اقتصار الشيخ وغيره على الرجوع بالمهر من غير فسخ ، وقد عرفت أنه خلاف ظاهرها ، فتكون حينئذ شاذة لم يفت أحد بمضمونها ، و بذلك يعلم قصورها عن معارضة قاعدة اللزوم و استصحابها ، خصوصاً في النكاح الراجح فيه جهة اللزوم بدليل عدم صحة اشتراطها الخيار فيه ، على أنه ربما لا يكون غرور من الولي بذلك ، ولا نقص في المعارضة التي وقعت منه ، ضرورة عدم مدخلية الزنا السابق في نقص الانتفاع بالبضع الذي هو المقابل بالمهر ، فيقوى حينئذ عدم الفسخ و عدم الرجوع بالمهر أصلاً ، ولو قيل بأن له الفسخ في خصوص المهر و الرجوع إلى مهر المثل مع فرض نقصانه عن المسمى كان وجهاً ، والله سبحانه هو العالم .

المسألة الثالثة *

* لا يجوز التعريض بالخطبة * بالكسر ولو معلقة على فراق الزوج لذات البعل ، بل ولا * لذات العدة الرجعية * من غير الزوج * لأنها زوجة * حكماً فضلاً عن التصريح إجماعاً محكياً من غير واحد إن لم يكن محصلاً ، وهو الحجة مضافاً إلى ما في ذلك من منافاة احترام العرض المحترم كالمال والدم ، و من إفساد المرأة على زوجها الذي ربما أدى إلى سعيها بالتخلص منه ولو بقتله بسم و نحوه كما وقع لجميدة بنت الأشعث زوجة الحسن (عليه السلام) لما خطبها معاوية بن أبي سفيان

لجروده يزيد (١) نعم لا بأس بها تعريضاً و تعريضاً للخلية من الزوج و العدة ، بل هي حينئذ مستحبة للتأسي (٢) و لما فيها من تأليف قلبها وقلوب أوليائها ، و ليست شرطاً ولا واجبة اتفاقاً .

﴿ و يجوز ﴾ التعريض ﴿ للمطالعة ثلاثاً ﴾ في العدة ﴿ من الزوج و غيره و لا يجوز ﴾ فيها ﴿ التصريح لها منه و لا من غيره ﴾ قيل: للآية (٣) منطوقاً و مفهوماً ، و دعوى اختصاصها بعدة الوفاة ممنوعة و إن كانت بائناً لكن ذلك لا يقتضي التخصيص ، و يجوز تعريضاً بعد العدة من غيره لا منه قبل المحلل ، لحرمتها عليه دون غيره .

﴿ أما المطلقة تسع العدة ينكحها بينها رجلاً ﴾ و نحوها مما تحرم على الرجل أبداً كالملاعة و المرضعة ﴿ فلا يجوز التعريض لها من الزوج ﴾ في غير العدة فضلاً عنها ، ﴿ و يجوز من غيره ﴾ للآية (٤) ﴿ و لا يجوز التصريح في العدة منه و لا من غيره .

و أما المعتدة البائنة سواء كانت عن خلع أو فسخ فيجوز التعريض من الزوج و غيره ﴿ للآية (٥) وعن الشيخ التردد في الغير من ذلك و من أنها في عدة الغير مع جواز رجوعها إليه بنكاح ﴾ و ﴿ يجوز ﴾ التصريح من الزوج ﴿ في العدة المضروبة احتراماً له ، و لذا جاز له نكاحها فيها ، فيجوز له حينئذ التصريح فيها ﴾ دون غيره ﴿ الذي لا يجوز له ذلك ، و العدة في هذه الأحكام ما حكوه من الاجماع الذي به يتم ارادة خصوص التعريض المرادف للتلويح المقابل للتصريح

(١) البحار ج ٢٢ ص ١٢٨ و ١٢٩ و ١٥٢ و ١٥٥ . والجرو بثلاث الجيم : ولد الكلب .

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب مقدمات النكاح والمستدرك الباب - ٣٣ - منها .

(٣) (٥٣٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٥ .

من الآية (١) و هو إيهام المقصود بما لا يوضع له حقيقة ولا مجازاً ولا لازماً بخلاف الكناية المفهمة للمراد بذكر اللوازم .

﴿ وصورة التعريض أن يقول: رب راغب فيك أو حريص عليك ﴾ وإن الله لسائق إليك خيراً وإنك لجميلة ﴿ وما أشبهه ﴾ من الأقوال ﴿ والتصريح أن يخاطبها بما لا يحتمل إلا الشكاح، مثل أن يقول إذا انقضت عدتك تزوجتك ﴾ ونحو ذلك، لكن لا يخفى عليك احتياج دلالة الآية (٢) على هذه التفاصيل إلى شيء آخر من إجماع ونحوه ، خصوصاً بعد خلو النصوص الواردة فيها عن ذلك ، ففي الحسن أو الصحيح (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن قول الله عز وجل (٤): ولكن لا تواعدوهن سرّاً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ، قال : هو الرّجل يقول للمرأة قبل أن ينقض عدها أواعدك بيت آل فلان ، ليعرض لها بالخطبة ، و يعني بقوله : إلا أن تقولوا قولاً معروفاً، التعريض بالخطبة، ولا يعزم عقدة الشكاح حتى يبلغ الكتاب أجله، وخبر عبد الله بن سنان (٥) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل (٦): لا تواعدوهن - إلى آخرها - فقال: السرّ أن يقول الرّجل ، موعدك بيت آل فلان ثم يطلب إليها أن لا تنسقه بنفسها إذا انقضت عدتها ، فقلت : فقوله : إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ، قال : هو طلب الحلال في غير أن يعزم عقدة الشكاح قبل أن يبلغ الكتاب أجله » وخبر أبي حمزة (٧) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل (٨) لا تواعدوهن - إلى آخرها - قال : يقول الرّجل : أواعدك بيت آل فلان ، يعرض لها بالرفث ويرفث يقول الله عز وجل : إلا أن تقولوا قولاً معروفاً، والقول المعروف

(١) (٢٣٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٥ .

(٣) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

(٨) (٨٥٦) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٥ .

(٧) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٣ عن علي بن

أبي حمزة .

التعريض بالخطبة على وجهها وحلها ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، وخبر البصري (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في قول الله عز وجل : إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ، قال : تلقاها فتقول : إني فيك لراغب ، وإني للنساء لمكرم فلا تسبقيني بنفسك ، والسر لا يخلو معها حيث وعدا » .

ضرورة كون المراد من هذه النصوص تفسير المواعدة المنهى عنها والمتضمنة للقول المعروف المرخص فيها ، وآخر الأخيرة تفسير للسر المنهى عن مواعده ، أعني الخلوة بها ، وإنما قال : « لا يخلو » لأن النهي راجع للخلوة إلا للتعريض للخطبة على وجهها وحلها ، وكانوا يعرضون للخطبة في السر بما يستهجن ، فنهوا عن ذلك ، كما يستفاد من رواية أبي حمزة ، وفي رواية العياشي عن الصادق عليه السلام (٢) في هذه الآية « المرأة في عدتها تقول لها قولاً جميلاً ترغبها في نفسك ، ولا تقول : أصنع كذا وأصنع كذا ، القبيح من الأمر في البضع وكل أمر قبيح » .

وهي جميعاً كما ترى لا دلالة فيها على ما سمعته من الأصحاب ، بل قديقال: استعمال التعريض في المعنى المخصوص الذي ذكره شيء حادث ، لا أن ذلك معناه لغة ، فإن لم يكن إجماع أمكن أن يقال : إن المراد ولو بمعونة الأخبار المزبورة نفى الجناح عن التعريض بالخطبة بما لم يستهجن ويعد من الفحش ومناف للحياء ونحو ذلك ، وإن كان تعريض اللفظ مثل ما سمعته عن الصادق عليه السلام في تفسير القول المعروف ، ومثل قوله عليه السلام لفاطمة بنت قيس : (٣) « إذا حللت فأذيني ولا تفوتينا نفسك » بخلاف الألفاظ المستهجنة التي كانوا يستعملونها في الخطبة ، من ذكر الجماع وكثرته ونحو ذلك ، على أن يكون المراد بالمواعدة سراً نحو ذلك ، وعبر عنه بالسر لأنه مما يسر به ، قال امرئ القيس :

ألا زعمت بسباسة اليوم أنني كبير وأن لا يشهد السر أمثالي

(٢١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٥ و ٦ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٢٨ .

و قال الفرزدق :

موانع للأسرار إلا من أهلها و يخلفن ما ظن الغيور التقشف
يعني أنهن عفائف يمنعن الجماع إلا من أزواجهن ، و حينئذ يكون السر
مفعولاً به ، وهو المنهي عنه ، بخلاف القول المعروف ، فالتصريح المنهي عنه في مقابل
التعريض هذا ، لا التصريح بالنكاح على سنة الله و سنة رسوله ﷺ .

أويقال: إن المراد بالمواعدة سرّاً الخلوة بها إلا للقول المعروف ، لاللمفا كهة
و التلذّذ بها ، و إرادة القبيح بهن كما حكاه الرازي في تفسيره ، قال : « روى
الحسن (١) أنه كان الرّجل يدخل على المرأة و هو يعرض بالنكاح ، فيقول لها
دعيني أجامعك فإذا تمّمت عدّتك أظهرت نكاحك » .

و حاصل الآية حينئذ أنه لا جناح عليكم في خطبة النساء أي طلبهن للنكاح
و ذكرهن لذلك وفيما كنتم في أنفسكم من ذلك ، لأن الله قد علم أنكم لابدّ وأن
تذكروهن في أنفسكم وفي ألسنتكم ، فرؤوف بكم و نفى الجناح عنكم في ذلك كله ،
و أذن لكم في ذكرهن للنكاح و خطبتهن ، ولو كنّ في عدّة وفاة أو غيرها من عدّة
البائن فاذكروهن و اخطبوهن ، ولكن لا تخطبوهن بأن تواعدوهن سرّاً أي جماعاً
و نحوه من الأشياء المستهجنة أو تواعدوهن خلوة إلا للقول بالمعروف لا لغيره ،
و بذلك ظهر لك وجه الاستثناء متصلاً و منقطعاً ، بل و وجه الاستدراك ، و أمّا ما
سمعت من الأصحاب من الفرق بين التعريض والتصريح فيصعب استفادته تماماً منها
إلا بمعونة إجماعهم ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ لو صرّح ﴾ بالخطبة ﴿ في موضع المنع ﴾ منه
﴿ ثم انقضت العدّة فنكحها لم يحرم ﴾ قطعاً و اجماعاً بقسميه ، للأصل والعمومات
بعد معلومية عدم اقتضاء الإثم في ذلك حرمة النكاح ، كما هو واضح . ولعله نبّه
عليه لخلاف بعض العامة .

المسألة الرابعة *

﴿ إذا خطب ﴾ منها ﴿ فأجاب ﴾ ولو بالسكوت الدال على ذلك أو من وليها الشرعى فأجاب ﴿ قيل ﴾ و القائل الشيخ في بعض كتبه : ﴿ حرم على غيره خطبتها ﴾ لقوله ﷺ : (١) « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » وحرمة الدخول في سوم المؤمن الذي منه ذلك ، بقرينة قوله ﷺ : (٢) « انه مستأمن يأخذ بأعلى ممن » ولوجوب الاجابة عليها ، ولما فيه من إيذاء المؤمن واثارة الشحنة ، وفيه منع صحة الخبر المزبور و كونه مستأماً حقيقة و حرمة الدخول في السوم و لزوم إجابة كفو المنع من اجابة آخر خصوصاً إذا رجع على الأول ولو بزيادة ركونها إليه مع كون الأمر بيدها ، فأصالة الجواز حينئذ سالمة عن المعارض ﴿ و ﴾ على تقدير الحرمة ﴿ لو ﴾ أثم و خطب و ﴿ تزوج ﴾ ذلك الغير كان العقد صحيحاً ﴿ قطعاً ﴾ ، للأصل و العمومات ، و عدم اقتضاء الإثم في ذلك الفساد في العقد الذي لم يتعلق به نهى ، و هو واضح ، كما أنه على ذلك التقدير أيضاً لا يحرم خطبة المسلم على الذمى ، ضرورة عدم الأخوة بينهما ، كما هو واضح ، والأمر سهل .

المسألة الخامسة *

﴿ إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً ، فلو شرطت في العقد ﴾ على المحلل ﴿ أنه إذا حللها فلانكاح بينهما ﴾ بمعنى ارتفاعه بنفسه بعد حصول ما يتحقق به التحليل ﴿ بطل العقد ﴾ لأنه ليس من حقيقة النكاح في شيء ، لامن الدائم و لامن المنقطع ، فانه نكاح منقطع بالاصابة ، وليس ذلك بنكاح شرعى ، وعن المبسوط الاجماع عليه ، بل عنه ﷺ (٣)

(٣١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٧٩-٢٠٨ .

(٢) الوسائل الباب -٣٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١٥٨ .

« لعن المحلل والمحلل له » وتسميته التيس المستعار ، وإن كان الظاهر إرادة كراهة الفرد الصحيح منه ، لاما نحن فيه الذي قد عرفت فساد العقد فيه .

هذا ﴿ و ﴾ لكن ﴿ ربما قيل ﴾ بصحة العقد في الفرض ، ﴿ يلغو الشرط ﴾ بل نسب إلى الشيخ و لم تتحققه ، نعم في المسالك « هو بابن إدريس أنسب ، لأنه صريح في غير موضع من النكاح وغيره أن فساد الشرط لا يفسد العقد ، محتجاً عليه بعموم « أوفوا بالعقود » (١) ولأنهما شيئان كل منهما منفك عن الآخر ، فلم يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر - وردّه - بأن المراد من الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحة وبطلان ، سلمنا أن المراد به العمل بمضمونه لكنه مشروط بوقوعه صحيحاً بالتراضي ، ولم يحصل هنا ، وانفكاك العقد عن الشرط في نفسه مسلّم لكنه في العقد المخصوص مرتبط به ، لأن التراضي إنما وقع كذلك .

قلت : قد عرفت في كتاب البيع تمام البحث في ذلك ، إلا أن الظاهر عدم التزامه بما هو نحو المقام مما كان الشرط فيه راجعاً إلى نقض العقد وإلى عدم قصد معنى النكاح المعتبر شرعاً ، اللهم إلا أن يقال بعد مشروعية الانقطاع في النكاح لم يفسد بقصده فيه ، على أن المقصود هنا النكاح الدائم واشتراط ارتفاعه بما يؤكد كون المراد ذلك ، ولكن أراد ارتفاعه بالشرط ، فيبتنى حينئذ على مسألة اقتضاء فساد الشرط فساد العقد وعدمه ، إذ لا كلام في فساد الشرط هنا ، لمخالفته ما دل من الكتاب والسنة على عدم ارتفاع النكاح إلا بالطلاق ، ودعوى شرعيته (٢) شرط كل نتيجة مشروعة بسببها - فيقوم هو حينئذ مقام كل سبب يقتضي ذلك من غير فرق بين النكاح والطلاق والعق و بين غيرها - واضحة الفساد بعدم دليل يقتضي ذلك كما أوضحناه في محله .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو شرطت الطلاق ﴾ على المحلل مثلاً ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في معكمي الخلاف والمبسوط : ﴿ يصح النكاح ويبطل الشرط ﴾ بل

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية .

علمه لازم لابن إدريس وغيره ممن لا يرى بطلان العقد ببطلان الشرط ، و المراد ببطلانه عدم لزوم الوفاء به ، وظاهرهم المقر وغية من بطلان الشرط ، بل في المسالك انه متفق عليه ، ولو لا ذلك لأمكن المناقشة فيه بأن مقتضى عموم « المؤمنون » (١) وغير الصحة نحو البيع المشترط فيه الاقالة ، وليس اشتراط ذلك منافياً لفصد النكاح ، بل ولا لدوامه كما أنه ليس اشتراط ما يحصل به الفسخ اشتراطاً للفسخ حتى يكون نحو الأول ، اللهم إلا أن يقال : إن اشتراط الطلاق يرشد إلى عدم قصد النكاح الدائم ، بل المنقطع لعل الوجه المعتبر فيفسد ، لكنه كما ترى . ويمكن أن يكون نسبة ذلك إلى القيل هنا والقواعد إشارة إلى ما ذكرناه من احتمال الصحة ، فيهما ، ويمكن أن يكون ذلك لاختيارهما اقتضاء بطلان الشرط ببطلان العقد ، وفيه أنه مناف لجزمهما بالبطلان في الأول دونه .

و في كشف اللثام أن الداخل في حيز القيل المؤمناً إلى ترضيه قول القائل بعد ذلك : ﴿ وإن دخل فلها مهر المثل ﴾ باعتبار بطلان الشرط الذي له قسط من المهر ، لأنها إنما رضيت به لأجل الشرط ، فإذا سقط زيد على المسمى مقدار مانقص لاجله ، و هو مجهول ، فتطرق حينئذ الجهل إليه ، و يبطل بذلك ، فترجع إلى مهر المثل ، و إلا فالوجه أن العقد صحيح قولاً واحداً ، فإن الخلاف إنما هو فيما إذا اقترن بشرط فاسد ، و قد عرفت أنه غير لازم لافساد كالأول .

قلت : قد صرح ببطلان العقد في جامع المقاصد والمسالك ، وأنه من مسألة اقتضاء بطلان الشرط ببطلان العقد ، و هو كذلك كما لا يخفى على من لا حظ تلك المسألة وأدلتها التي لم يفرق فيها بين الشرائط حتى مثل هذا الشرط الذي ثبت بطلانه بالاجماع المحكى وإن كان مقتضى العمومات صحته ، فظهر حينئذ من ذلك أنه لا وجه لصرف القيل إلى ما ذكره ، على أنه لا وجه للنظر في الرجوع إلى مهر المثل ، اللهم إلا أن يقال : إن بطلان الشرط لا يقتضى ذلك ، فانه ليس جزءاً

للمسمى ، و لو سلم مدخليته فلا أقل من أن يسلبط على الخيار في المسمى ، لا أنه يبطله ويحقق مهر المثل ، وكيف كان فعلى القول ببطلان العقد ببطلان الشرط يجب بالدخول مهر المثل مع جهلها بالتحريم ، وإلا فلا مهر لبنى ، هذا كله فيما إذا صرح بالشرط في العقد سواء كان الطلاق أو ارتفاع النكاح .

﴿ أما لو لم يصرح بالشرط في العقد وكان ذلك ﴾ إلى الطلاق أو ارتفاع النكاح ﴿ في نيته أو نيته الزوجة أو الولي لم يفسد ﴾ شيء من العقد ولا من المهر بخلاف أجده فيه ، بل في كشف اللثام لعلمه موضع وفاق ، بل في المسالك هو كذلك ، وهو الحجة مضافاً إلى العمومات ، لكنه مكروه كما عن المبسوط والخلاف ، نعم في كشف اللثام لابد من أن يكونا استعمالاً للنكاح في حقيقته لكنهما يظنان أنه يرتفع بالتحلل أو ينويان إيقاعه بعده ، فلو أدخلاهما أو أحدهما في معنى النكاح لم يصح الأول ، لما عرفت من خروجه عن حقيقة النكاح ، وربما احتلل الثاني الفساد على قياس مامر في اشتراط الطلاق ، قلت : وكذا لو كان من نيتهما الاشتراط على وجه أوقعا العقد عليه وإن لم يذكراه في متنه ، فانه يأتي فيه البحث في أن الشرط المضمن كالمذكور أولاً ، ولعل الأول لا يخلو من قوة ، ومن ذلك يعلم أن اسم الإشارة و نحوه في المتن وغيره راجع إلى الارتفاع أو الطلاق لاعلى جهة الاشتراط وإن كان اللفظ قد يوهم ذلك ، بل ربما أوهمه عبارة المسالك ، لكن التحقيق ما عرفت .

﴿ وعلى كل حال فاعلم أن ﴾ كل موضع قيل فيه ﴾ يصح العقد فمع الدخول الذي يحصل به التحليل ﴿ تحل ﴾ المرأة للمطلق الأول مع الفرقة وانقضاء العدة ﴾ بخلاف ولا إشكال ، لحصول الشرط ﴾ وكل موضع قيل فيه ﴾ يفسد العقد ﴿ لا تحل ﴾ وإن دخل بها شبهة ﴿ لأنه لا يكفي الوطء ﴾ في التحليل ﴿ ما لم يكن عن عقد صحيح ﴾ بخلاف ولا إشكال أيضاً ، وبذلك تظهر الثمرة فيما سمعته سابقاً من القول بفساد الشرط والعقد والقول بفساد الشرط خاصة ، ضرورة عدم حصول التحليل بالأول وإن حصل الوطء شبهة ، بخلافه على الثاني ،

فانه يحصل التحليل ، لكون المفروض صحة العقد ، وهو مع الدخول كاف وإن فسد المسمى ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة السادسة *

* نكاح الشغار * بكسر الشين وفتحها والفين المعجمتين محرم و* باطل * عندنا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعل المحكى منهما متواتر ، مضافاً إلى النبوى (١) « لا شغار في الاسلام » و في خبر آخر أنه عليه السلام نهى عنه (٢) فما عن أبي حنيفة وجماعة من صحته وبطلان المهر خاصة اجتهاد في مقابلة النفس والاجماع ، والظاهر أن الإضافة فيه بيانية من باب اضافة العام إلى الخاص ، قال في الصحاح : والشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل لآخر : زوجني ابنتك أو أختك على أن أزواجك أختي أو ابنتي على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى كأنهما دفعا المهر وأخليا البضع عنه ، وإن كان تفسيره بما سمعت كما عن المجمع جرياً على طريقة أهل الأذب في تعريف الأشياء ببعض لوازمها ، بل ربما وقع ذلك في بعض الأخبار أيضاً كمرفوع جمهور عن أبي عبد الله عليه السلام (٣) قال : « نهى رسول الله عليه السلام عن نكاح الشغار وهي الممانحة ، وهو أن يقول الرجل للرجل : زوجني ابنتك حتى أزواجك ابنتي على أن لامهر بيننا » .

* و * لكن من المعلوم أن الشغار ليس هذا القول ، بل * هو أن يتزوج امرأتان برجلين على أن يكون مهر كل واحدة نكاح الأخرى * بمعنى العقد

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح الحديث ٢ و سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح الحديث ٣ و سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٠ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح الحديث ٣ .

المشتمل على ذلك ، قال الصادق عليه السلام في خبر غياث بن إبراهيم (١) قال رسول الله صلى الله عليه وآله : « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام ، والشغار أن يزوجه الرجل ابنته أو أخته . ويتزوج هو ابنة المزوج أو أخته ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا وهذا من هذا » بل هو المراد من قول أبي جعفر عليه السلام في مرسلته ابن بكير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي جعفر عليه السلام « نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهما صداق إلا بضع صاحبتها وقال عليه السلام : لا يحل أن ينكح واحدة منهما إلا بصداق أو نكاح المسلمين » وفي محكي القاموس « الشغار بالكسر أن تزوجه الرجل امرأة على أن يزوجه أخرى بغير مهر ، صداق كل واحدة بضع الأخرى أو يخص به القرائب ، بل المحكي عن الفقهاء أجمع أنهم يأخذون في تعريفه العقد ، وفي القواعد « هو جعل نكاح امرأة مهر أخرى ، فيبطل نكاح الممهوره ، ولو دار بطلا ، وفي كشف اللثام في تفسيرها « هو جعل نكاح امرأة أي بضعها ، وهو الاستمتاع بها ، فالنكاح بمعنى الوطء ، مهر أخرى ، فيبطل نكاح الممهوره ، للزوم تشريك البضع بين كونه للزوج وكونه مهراً للزوجة ، مع أن البضع لا يصلح أن يكون مهراً ، وقيل بلزوم تعليق النكاح ، ولو دار الأمر بأن يجعل بضع كل مهراً للأخرى بطلا ، وفي أكثر الأخبار الاقتصار في تفسيره على الآخر المشتمل على الدور » .

و فيه أنه لا داعي إلى اعتبار النكاح بمعنى الوطء مهراً فيه ، بل قد سمعت ما يقتضى كون الشغار جعل العقد فيه على امرأة مهراً في العقد على أخرى ، نعم وقع في جملة من العبارات في أثناء البحث ذكر البضع مهراً ، لكن من المعلوم عدم كون المراد اعتبار ذكر نفس البضع فيه مهراً على وجه يقول : « زوجتك بنتي ببضع بنتك » و الآخر كذلك ، ضرورة منافاته لما سمعته من النص و الفتوى ومعاقد الاجماع ، بل تعليل الفساد بأنه اشتراط عقد في عقد وغير ذلك ، بل المراد أن البضع هو المهر في الواقع باعتبار كونه هو نتيجة العقد وثمرته .

و من ذلك يعلم ما في ضابطه الذي جعله في آخر المبحث قال : « والضابط أن

كل نكاح جعل البضع فيه مهراً أو جزءه أو شرطه فهو باطل ، وإن جعل النكاح مهراً أو جزءه أو شرطه في نكاح بطل المسمى دون النكاح ، وإن جعل شرطاً في النكاح فإن علق به بطل قطعاً وإلاً فالظاهر فساد الشرط ، ويحتمل فساد المشروط أيضاً ، اللهم إلا أن يريد في الثاني النكاح بمهر أو تفويض مثبت لمهر المثل ، لا أن المراد عدم تحقق الشغار بقصد كون النكاح مهراً في النكاح ، وأنه لا مهر بينهما ، إلا هذا ، وإلاً كان مخالفاً لصريح ماسمته من النص وغيره .

و أما قوله : « مهراً أو جزء مهراً أو شرطه » فقد تبع فيه الفاضل في القواعد قال فيها : « لافرق أي في تحقق الشغار بين أن يكون البضع مهراً أو جزءه ، فلو قال : زوّجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة مع عشرة دراهم صداقاً للأخرى بطل ، أي إذا زوج المخاطب بنته كذلك ، وهو مع أنه لم يذكر الشرط فيها يمكن منع تحقق الشغار بذلك ، لما سمعته من اعتبار عدم مهر غير نكاح كل منهما في النصوص الثلاثة (١) والمصاحح والقاموس ، بل لم أعرف من صرح بذلك قبله سوى ما في الاسعاد شرح الارشاد ، لبعض العامة ، فانه قال : « ويدخل تحت قوله في المتن : « صداق كل بضع الأخرى ما إذا ضم إلى البضع مال في الجانبين أو في أحدهما كأن يزوج ابنته من آخر بشرط أن يزوجه الآخر ابنته ومهر كل منهما ألف وبضع الأخرى أو وبضع كل منهما مهر الأخرى مع اشتراط ألف لأحدهما ، وأظهر القولين فيه البطالان » .

وظاهره الخلاف في ذلك ، ولعل عدم كونه شغاراً لا يخلو من قوة لما عرفت ، بل لولا ما يظهر من الأصحاب من عدم اعتبار الدورية فيه لا يمكن اعتبارها فيه ، فلاشغار حينئذ مع عدم الدور ، لكونه إسماعاً للشكاح الامرأتين على الوجه المزبور ، لا أنه للشكاح الذي يكون المهر فيه نكاح المرأة الأخرى ولو بمهر غير نكاح الأولى كي يتحقق حينئذ في واحدة دون الثانية ، بل قد يقال انه متى جعل النكاح مهراً لزمه العكس ، ضرورة كون المهر في النكاح كالعوض في غيره ، ولا ريب في

أن معنى المعاوضة لا يتحقق في طرف دون الآخر، فالمراد بالشغار حينئذ النكاح الذي يكون عوضه نكاح، فيكون الدور لازماً له لكن ظاهر ما سمعته من المصنف وغيره المفروغية من ذلك، ولعل مثله كاف في إثبات موضوع اللفظ إن كان ذلك منهم على وجه النقل وإلا كان للنظر فيه مجال، خصوصاً مع ملاحظة قاعدة الاقتصار على المتيقن فيما خالف القواعد، وماورد في تفسيره في النصوص (١) السابقة والصحاح والقاموس وغيرها، نعم قد يشعر ذيل مرسلته ابن بكير (٢) بتحقيقه في طرف واحد فتأمل جيداً، وعلى كل حال فالمحرم منه والفاسد ما عرفت.

﴿أما لو زوج الوليان﴾ مثلاً ﴿كل منهما صاحبه وشرط لكل واحدة مهراً معلوماً فانه يصح﴾ قطعاً بلا خلاف ولا إشكال فيه، لعدم كونه من الشغار، وإن كان الداعي لكل منهما تزويجه الآخر بل لو لم يذكر مهراً صح النكاح أيضاً، وكالتا مفوضتين بعد فرض عدم قصد إهمار كل منهما نكاح الأخرى فيمتن العقد ولا في التواطؤ بناءً على أنه كالمذكور فيه، لاطلاق ما سمعته في تفسيره.

﴿ولو زوج أحدهما﴾ أو كل منهما ﴿الأخر﴾ تفويضاً أو بمهر معلوم ﴿و شرط أن يزوجه الأخرى بمهر معلوم صح العقدان﴾ للعمومات ﴿و بطل المهر﴾ المسمى ﴿لأنه شرط مع المهر تزويجاً وهو﴾ أي التزويج ﴿غير لازم﴾ خصوصاً وقد اشترط على غير الزوجة، فلا يلزمها الوفاء، ويلزم من عدم لزومه عدم لزوم المشروط والنكاح لا يدخله الخيار ﴿فلا يجوز أن يجعل شرطاً له، وإلا﴾ لزم الخيار فيه إذا لم يتحقق الشرط، فلا بد من أن يكون شرطاً للمسمى ويلزم منه أن يكون جزء منه، كما أن الأجل جزء من الثمن أو الثمن وهو أمر مجهول فيوجب جهل المسمى ﴿فيبطل﴾، و﴿يكون لها مهر المثل﴾ كما هو الضابط في كل مهر فاسد.

﴿و فيه تردد﴾ من أنه شرط فاسد اشتمل عليه العقد، فينبغي أن يفسد، ولا يجدي العزم إلى المهر، فانه لا يخرج عن الاشتراط في العقد، أو أنه لا يلزم من

عدم قبول النكاح للشرط أن لا يشترطه العاقد ، فينبغي التفصيل بأنه إن شرط به النكاح بطل ، وإن شرط به المهر بطل المهر دونه ، أو من أنه شرط سائغ يمكن الوفاء به إذا كان الزوج كفواً وكان للولي قهر المولتي عليها على النكاح أو رضيت المولتي عليها ، و جواز الشرط لا يوجب جواز المشروط ، بل لزوم المشروط يوجب لزوم الشرط ، أو منع أن فساد الشرط يوجب فساد المشروط ، فلا يفسد المهر إن شرط فيه ، ولا النكاح إن شرط ، أو منع صحة العقد لتحقيق الشفارية فيه باشتراط التزويج الذي هو جزء من المهر بناءً على ما عرفت من عدم الفرق فيه بين كون التزويج مهراً أو جزء مهراً أو كالجاء ﴿وكذلك﴾ الكلام فيما ﴿لوزوجه﴾ وشرط أن ينكحه الزوج فلا فائدة ولم يذكر مهراً ضرورة عدم الفرق فيما سمعت بين اشتراط التزويج مع ذكر المهر وعدمه ، كما هو واضح .

﴿تفريع﴾

﴿لوقال : «زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك» صح نكاح بنته﴾ التي لم يجعل نكاح بنت المخاطب مهراً لها ، فلا شغار بالنسبة إليها ﴿وبطل نكاح بنت المخاطب﴾ إذا زوجها كذلك ، لتحقيق الشغار بالنسبة إليها ﴿ولو قال : «على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي» بطل نكاح بنته﴾ لتحقيق الشغار بالنسبة إليها ﴿وصح نكاح بنت المخاطب﴾ التي لم يجعل مهراً نكاح بنت الغائل ، فلا شغار كما هو واضح بناءً على عدم اعتبار الدورية في الشغار الذي قد عرفت المناقشة فيه ، خصوصاً بعد عدم العثور عليه من قدماء الأصحاب وغيرهم من العامة ، وإنما ذكره في الاسعاد أيضاً ، قال : «لوقال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وبضع بنتك صداق لبنتي وقبل ثم زوجها صح النكاح الأول وبطل الثاني ، وإن قال : وبضع بنتي صداق لبنتك صح وبطل الأول بناءً على التشريك ، فيبطل نكاح من جعل بضعها صداقاً ، للتشريك فيه

خاصة ، وهو وإن كان صريحاً في تحقق الشغار من جانب ، لكنه كأنه مخالف لما ذكره من جعل الباطل من كان مهرها بضعاً ، بل منافٍ لما ذكره من أن الأقوى كون مبطل الشغار التشريك في البضع .

بل في المسالك جعل الضابط في مسائلنا ذلك ، فانه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المتن قال : « والضابط أن البضع المشترك يبطل نكاحه ، والبضع المنفرد يصح عملاً بقاعدة الشغار » مع أن الذي يتحقق التشريك فيه من جعل بضعها صداقاً ، ضرورة كونه حينئذ مستحقاً للزوج بالعقد وللأمراة بالمهر لا العكس ، فانه لا تشريك ، ولعله لذا خصه في الاسعاد بما عرفت ، أللهم إلا أن يقال : إن التشريك في كل منهما غير متحقق إلا بنكاح الثانية على حسب ما وقع في عقد الأولى ، وحينئذ يتحقق التشريك في القسمين .

نعم يبقى السؤال عن تخصيص الأصحاب بعد القول بعدم اعتبار الدور فيه هذا الفرد بالشغار دون من جعل بضعها صداقاً وتخصيص الاسعاد العكس ، مع أن الذي ورد في تفسيره ما سمعته من النص (١) وغيره قد اشتمل على جعل المهر بضعاً والبضع مهرأ ، فمع فرض عدم اعتبار الدور فيه يتجه تحققه بكل منهما ، أللهم إلا أن يقال : إن الأصحاب قد فهموا اختصاص الفرد الذي ذكره من ظاهر النصوص المتقدمة التي محط النظر فيها كون المهر بضعاً وإن لزم الدورى منه العكس أيضاً ، إلا أنه لا ينكر ظهورها في الأول ، وخصوصاً مع ملاحظة الذيل في مرسل ابن بكير (٢) فتأمل جيداً فانه ربما دق .

وعلى كل حال فلا شغار فيما لو قال : « زوّجتك جاريتي على أن تزوّجني بنتك وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك » وصح النكاحان ، أما نكاح الجارية فلا نه لم يشتمل على شغار ، وإنما اشترط فيه شرط لا يجب الوفاء به ، بناءً على ما عرفت ، فيفسد نفس الشرط ، وأما نكاح البنت فلقبول الرقبة للنقل ، وهي التي جعلت مهرأ ، وليس نكاحها تشريكاً للمرأة والزوج فيما تناوله عقد النكاح - وهو البضع - ليكون

شغاراً ، فإن الرقبة غير البضع وإن تبعها ، وبطل المهر لكل منهما إن زوجته الآخر بنته على تزويج الجارية وكون الرقبة مهراً لأنه شرط نكاح إحداهما في الأخرى ، وقد عرفت أنه ليس شرطاً للنكاح ، فجعل جزء المهر نكاح البنت ومهراً لنكاح الجارية وهو مجهول ، فيجهل المهر المسمى فيبطل ، ويجب مهر المثل لكل منهما ، وإن كان في ذلك كله ما عرفت . ولو زوج عبده من امرأة وجعل رقبته صداقاً لها بطل المهر ، لأن صحته يؤدي إلى فساد ، إذ هي تقتضي ملكه ، وهو يمنح العقد ، فيبطل المهر حينئذ ويثبت مهر المثل ، ويصح العقد على الأقوى .

و كيف كان فالأقوى أن بطلان الشغار للنهي عنه المقتضي للفساد في المعاملة على ما حققناه في الأصول ، لا لأنه تعليق بمعنى أنه علق فيه التزويج على التزويج ، ضرورة عدم اعتبار التعليق فيه في متن العقد ، بل هو غير مقصود للمتعاقدين به ، وإنما قصدتهما إلزام كل منهما الآخر بالتزويج بلا مهر غير البضع ، وهو المسمى في عرفنا الآن بالمباضعة ، ولا لأنه اشتراط عقد في عقد ، ضرورة عدم اقتضاء ذلك الفساد ، وقد سمعت تصريحهم بالصحة في اشتراط النكاح في النكاح بمهر معلوم ، ولا لاشتراك البضع بين المرأة المجهول في مهرها وبين الرجل الذي وقع له عقد النكاح ، فأشبه نكاح المرأة من رجلين ، مضافاً إلى عدم قابلية البضع مهراً ، ضرورة اقتضاء ذلك كله فساد المهر لا العقد ولا ملازمة بينهما في النكاح .

ومن هنا ذهب أبو حنيفة إلى صحة نكاح الشغار والرجوع إلى مهر المثل لكن يردّه ما سمعت من اقتضاء النهي عنه الفساد ، ودعوى رجوع النهي إلى المهر لا إلى أصل النكاح يدفعه أنه واقع عن الشغار ، وهو اسم للنكاح المخصوص ، بل لا ينكح ظهور النصوص (١) المزبورة في إرادة النهي عنه من حيث كونه شغاراً نحو النهي (٢) عن بيع الحصة والملامسة ، وحلية أصل النكاح لا ينافي ذلك ، ولعل هذا

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح .

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه الجديد ١٣ من

كتاب التجارة .

أولى من تعليل الفساد بما سمعت وإن كان الذي وقفت عليه ممن نعرض ذلك من أصحابنا بتعليله بما عرفت ، وفي المسالك وكشف اللثام اختيار التعليل فيها بالاشتراك بالبضع الذي يمكن منع حصوله في شغار المملوكتين اللتين لا يملكان المهر ، بل قد يمنع فيما أثبتوه من الشغار في جانب كما في المثال الذي سمعته ، فإنه ليس فيه بضع مشترك بين المرأة وبين الرجل ، وكأنهم تبعوا بعض العامة في تعليل الفساد ، لكن الذي حكاه في شرح الاسعاد عن الامام منهم أنه أبطل تعليل الفساد بالاشتراك وبالتعليق ، وجعل منشأ الفساد النهي كما قلناه .

ثم لا فرق في حرمة الشغار وفساده بين الدائم والمنقطع ، بل يمكن جريانه في التحليل بناءً على أنه عقد ، لكن ينافيه ما سمعته في تفسيره مما لا يشمل التحليل ، ولا ريب في أن الأحوط اجتنابه ، والله العالم .

المسألة السابعة ﴿﴾

﴿ يكره العقد على القابلة إذا ربته وبنتها ﴾ للنهي عنه في خبر إبراهيم بن عبد الحميد (١) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل أله أن يتزوجها ؟ فقال: إن كان قد قبلته المرأة والمرأتين والثلاثة فلا بأس ، وإن كانت قد قبلته وكفلته فائى أنهى نفسى عنها وولدى ، وفي خبر آخر (٢) « و صديقى ، و خبر عمرو بن شمر (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : الرجل يتزوج قابله ، قال : لا ولا ابنتها » و خبر أبي بصير (٤) عنه عليه السلام أيضاً « لا يتزوج المرأة التى قبلت ولا ابنتها » و خبر جابر بن يزيد (٥) عن أبي جعفر عليه السلام « سألت عن القابلة أيحل للمولود أن ينكحها ؟

(٢٠١) الوسائل الباب -٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٧ .

(٢٠٣ و٥) الوسائل الباب -٣٩- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٣ - ٨ - ١

والاول عن أبي جعفر عليه السلام .

قال : لا ولا ابنتها هي كبعض أمهاته ، و خبر ابراهيم (١) « إذا استقبل الصبي القابلة بوجهه حرمت عليه ولدها » المحمول على الكراهة ، للاجماع ظاهراً على الحل الذي هو مقتضى الأصل ، وخصوص صحيح البنعلي (٢) « قلت للمرأة ﷺ يتزوج الرجل المرأة التي قبلته ، فقال : سبحان الله ما حرّم الله عليه من ذلك » المؤيد بأشعار الخبر الأول بها ، فما في محكي المقنع من التعبير بعدم الحلية واضح الضعف ، وأيراد منه الكراهة أيضاً .

لكن ظاهر المتن وصريح المسالك اختصاص الكراهة بالمربية ، ولعله للخبر الأول ، ولقول الصادق ﷺ في خبر ابن عمار (٣) المسؤول عن حل القابلة للمولود : « إن قبلت ومرت فالقوابل أكثر من ذلك ، وإن قبلت وربت حرمت عليه ، إلا أن الأولى الجمع بين النصوص بشدة الكراهة وخفتها ، وفي شمول الكراهة للبنت وإن نزلت ولبنت الابن كذلك وجهه ، كالوجه في كراهة نكاح ولدها البنت التي قبلتها ، بل قد يشمل كراهة أمهات القابلة واختها لا طلاق المنزلة ، نعم الظاهر تحقق الكراهة بالنسبة إليها أيضاً ، فيكره لها أن تتزوج ، كما يكره له أن يتزوجها ، لأن ذلك مقتضى حرمتها عليه ، وإلا فلا ملازمة بين الكراحتين ، والنهي في أكثر النصوص متوجه إليه كما هو واضح .

﴿ يكره أيضاً ﴾ أن يزوّج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها ﴿ لخبر اسماعيل بن همام (٤) قال : « قال أبو الحسن ﷺ : قال محمد بن علي في الرجل يتزوج المرأة ويزوّج ابنتها ابنه ففارقها ويتزوجها آخر فتلد منه بنتاً فكره أن يتزوجها من ولده ، لأنها كانت امرأته فطلقها ، فصار بمنزلة الأب كان قبل ذلك أباً لها ، وهو القرينة على إرادتها من البأس في مفهوم خبر الهاللي (٥) « سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يتزوج المرأة ويزوّج ابنه ابنتها ، قال : إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس » والنهي في خبره الآخر (٦) « سألت

(٣ و ٢٠١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٤ - ٦ - ٢ .

(٤ و ٥٠٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٥ - ٣ .

والثالث بطريق الصدوق (قده) .

أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة ولها ابنة من غيره أيزوج ابنه ابنتها؟ قال: إن كانت من زوج قبل أن يتزوجها فلا بأس، وإن كانت من زوج بعد ما تزوجها فلا.

واحتمال إرادة الحرمة بقرينة هذا النهي يدفعه العمومات والاجماع على الظاهر، وخصوص صحيح العيص بن القاسم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألت عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعد فولدت للأخر فهل يحل ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: نعم، وسألت عن رجل أعتق سريه له ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للأخر يحل ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: نعم».

بل في كشف اللثام لا كراهة لابن السرية من غيره على ابنه، للأصل من غير معارض والصحيح المزبور، قلت: وخبر المقر قوفي (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الجارية يقع عليها يطلب ولدها فلم يرزق منها ولداً فوهبها لأخيه أو باعها فولدت له أولاداً أيزوج ولده من غيرها ولد أخيه منها؟ قال: أعد عليّ فأعدت عليه، قال: لا بأس» وخبر علي بن إدريس (٣) «سألت الرضا عليه السلام عن جارية كانت في ملكي فوطأها ثم خرجت من ملكي فولدت جارية يحل لابني أن يتزوجها؟ قال: نعم لا بأس به، قبل الوطء وبعده الوطء واحد».

ولعله لذلك اقتصر المصنف وغيره على ذكر الكراهة في غيرها لكن قد يشعر بها خبر الحسين بن خالد الصيرفي (٤) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن هذه المسألة، فقال: كررها عليّ، قلت له: إنه كانت لي جارية فلم يرزق مني ولداً فبعتها، فولدت من غيري ولي ولد من غيرها، فأزوج ولدي من غيرها ولدها، قال: تزوج ما كان لها من ولد قبلك يقول قبل أن تكون لك، بل منه يستفاد عدم اختصاص الكراهة في نكاح الولد بنت الزوجة، بل يكره نكاح ابنتها لبنت الزوج لتناول لفظ الولد للجميع، مضافاً إلى إشعار التنزيل منزلة الأب في خبر إسماعيل بن همام

(١) (٣٠٢ و٣٠٣) الوسائل الباب ٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١-٢-٦.

(٢) (٣٠٢ و٣٠٣) الوسائل الباب ٢٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٣.

المتقدم في عموم المنزلة ، فيكره له أن يتزوج بنت بنتها مثلاً ، لصيرورته بمنزلة الخال لها ، وبنت أمها ، لصيرورته بمنزلة العم لها .

وربما أوماً إليه خبر محمد بن عيسى (١) قال : « كتبت إليه خشف أم ولد عيسى بن علي بن يقطين في سنة ثلاثين و مأتين تسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد ، أخبرك يا سيدي و مولاي أن ابنة مولاك عيسى بن علي بن يقطين أملكها من ابن عبيد بن يقطين ، فبعد ما أملكها ذكروا أن جدتها أم عيسى بن علي بن يقطين كانت لعبيد بن يقطين ثم صارت إلى علي بن يقطين فأولدها عيسى بن علي ، فذكروا أن ابن عبيد قد صار عمها من قبل جدتها أم أيها أنها كانت لعبيد بن يقطين ، فرأيك يا سيدي و مولاي أن نمن علي مولاناك بتفسير منك ، و نخبرني هل تحمل له ؟ فان مولاناك يا سيدي في غم الله به عليم ، فوقع في هذا الموضع بين السطرين إذا صار عملاً لا تحمل له ، والم ولد وعم بناءً على أن المراد في السؤال كونه بمنزلة العم باعتبار أن أم عيسى كانت موطوءة لأبي الحسين بن عبيد الذي ملك البنت ، كي يكون الجواب محمولاً على ضرب من الكراهة ، لا أن المراد أنها كانت أمماً للحسين ، ضرورة أن ذلك لا ينبغي أن يسأل عنه ، فانه عم لها حقيقة ، لأنه إخوان أيها من أمه ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ﴿فلا بأس﴾ ولا كراهة ﴿ب﴾ نكاح ابنه ﴿من ولدتها قبل نكاح الأب﴾ للأصل و خبري ابن الجهم المتقدمين ، والتنزيل بمنزلة الأب إنما هو فيمن تلده بعد نكاحه لا قبله وإن كانت هي ربيبة له أيضاً ، مع احتمال له لألوية تنزيله بمنزلة الأب لها من المتأخرة ، ويكون التفصيل في خبري ابن الجهم لبيان شدة الكراهة ، فتأمل والله العالم .

﴿و﴾ يكره أيضاً ﴿أن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه قبل أبيه﴾ بل و بعده لخبر زرارة (٢) « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج امرأة كانت ضرة لأمه مع غير أبيه » و لعل المصنف فهم من المضي هنا التقدم على نكاح الأب ، فلذا خص الكراهة به ، ولكنه غير متعين ، بل الظاهر

(١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

التقدم على التزويج .

﴿ وكذا يكره أيضاً التزويج ﴾ بالزانية قبل أن تتوب ﴿ وفاقاً للمشهور ، لا شعار لفظ « لا ينبغي » بها في صحيح أبي الصباح وغيره (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من أقيم عليه حد زنا أو شهر به لا ينبغي لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه التوبة » خلافاً لأبي الصلاح ، فحرمه للأية (٢) التي قد عرفت تمام الكلام فيها وفي غيرها مما يدل على ذلك فيما تقدم ، فلا حظ والله العالم .

﴿ القسم الثاني ﴾

﴿ في النكاح المنقطع ﴾

﴿ وهو سائغ في ﴾ صدر ﴿ دين الاسلام ﴾ باتفاق المسلمين ، وإنما اختلفوا في بقاءه ونسخه ﴿ لتحقق شرعيته ﴾ في زمن النبي ﷺ ﴿ وعدم ما يدل على رفعه ﴾ وإن المسلمين كانوا يفعلونه من غير كبير ، وكذا في خلافة أبي بكر ومدة من خلافة عمر ، نعم هو حرمه في المدة الأخرى من تلقاء نفسه بعد أن روى شرعيته عن صاحب الشرع ، فإنه فيما اشتهر عنه بين الفريقين (٣) صعد المنبر وقال : « أيها الناس متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا ألهي عنهما وأحرهما »

(١) أشار إليه في الوسائل في الباب -١٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢

وذكره في الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٦ والوسائل الباب -١- من أبواب المنة الحديث ٤

راجع الغدير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢١١ .

وأعاقب عليهن : متعة الحج ومتعة النساء ، وفي لفظ (١) آخر « ثلاث كن على عهد رسول الله ﷺ أنا أنهى عنهن وأحرمتهن وأعاقب عليهن وهي : متعة النساء ، ومتعة الحج ، وحى على خير العمل ، وهو صريح في تحريمه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وأله شرعيته ، وجعل تحريمه أولى بالاتباع والقبول ، حيث نوءد من مخالفه بالعقوبة والزجر ، بل في متعة النساء بالحد والرجم ، فعن صحيح مسلم عن قتادة عن أبي نضرة (٢) قال : « كان ابن عباس يأمر بالمتعة و كان ابن الزبير ينهى عنها ، فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله ، فقال تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ ، فلما قام عمر قال : إن الله كان يحل لرسول الله ﷺ ما شاء بما شاء ، وإن القرآن قد نزل منازل فأتوا الحج والعمرة كما أمركم الله عز وجل وابتوا نكاح هذه النساء فلن أدني برجل نكح امرأة إلى أجل إلا رجمت بالحجارة » .

و هذا من جملة ما طعن به أهل التشيع ، وقد اختلف أتباعه في الجواب عنه ، فمنهم من بنى رفعه على كون النبي ﷺ مجتهداً في الأحكام الشرعية و يجوز لمجتهد آخر مخالفته ، وهو من السخافة كما ترى ، أما على أصول الإمامية فظاهر ، لقولهم بعصمة النبي ﷺ وأن ما يحكم به عن وحى إلهي لا يتطرق إليه السهو والخطأ ، كما قال عز من قائل (٣) : « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى » « قل ما يكون لى أن أبدي له من تلقاء نفسي إن أتبع إلا ما يوحى إلي » (٤) « قل ما كنت بدعاً من الرسل وما أدري ما يفعل بي ولا بكم إن أتبع إلا ما يوحى إلي » (٥) و حينئذ فلا يسوغ لأحد مخالفته ولا اجتهداً في مقابلة فضائه و حكمه أصلاً ، و أما على رأى الجمهور النافين عصمة الأنبياء فلا نهم إنما نفوا عصمتهم

(١) راجع الفدير للاميني (د) ج ٦ ص ٢١٣ .

(٢) راجع الفدير للاميني (د) ج ٦ ص ٢١٠ .

(٣) سورة النجم : ٥٣ - الآية ٣٥٣ .

(٤) سورة يونس : ١٠ - الآية ١٥ .

(٥) سورة الاحقاف : ٤٦ - الآية ٩ .

فيما ليس له تعلق بتبليغ الأحكام الشرعية كتدبير الحرب و استصلاح الجيش و نصب العمال و عزلهم وما أشبه ذلك ، وأما ما يتعلق بالأحكام الشرعية و تبليغها فقد أوجبوا العصمة فيها ، لأن الخطأ فيها منافي لما يقتضيه المعجزة من وجوب تصديق النبي ﷺ فيما يبلغه عن الله تعالى ، والقول بجواز صدور الخطأ فيها عنه سهواً كما يعزى إلى شذوذ مباہمة بيئته لا يلتفت إليها ، لاقتضائه إفحام النبي ﷺ وعجزه عن تسجيل الأحكام لاحتمال السهو والاشتباه وعدم اندفاعه إلا بالعصمة .

بل قيل : إن المستفاد من كلام الأمدى في الأحكام وغيره إجماع القائلين بجواز الخطأ على النبي ﷺ على أنه لا يقرر عليه ، بل ينسبه على خطائه ، فتحليله المتعة لو كان خطأً لوجب أن ينسبه عليه وأن يعدل عنه .

و أيضاً فالكتاب العزيز دال على وجوب طاعة النبي ﷺ « وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع باذن الله » (١) « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ، ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً » (٢) « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت و يسلموا تسليماً » (٣) « و إذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدّون عنك صدوداً » (٤) « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهايكم عنه فانتهوا » (٥) الى غير ذلك فان كان وجوب هذه الطاعة لعصمة ربانية تمنعه عن الخطأ والخطيئة كما هو مذهب الامامية فالأمر واضح ، وإن كان لأمر آخر غير العصمة يجتمع مع انتفاها وجب القول بتحريم مخالفته في أحكامه وإن كانت صادرة عن اجتهاد .

كل ذلك مضافاً إلى ما يعلم من تتبع السير ونصف آثار السلف اتفاق الصحابة والتابعين على نفي الاجتهاد والرأى مع ورود النص عن النبي ﷺ وظهور حكمه

(٣٥٢ و ٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٦٤ - ٦٥ - ٦١ .

(٤) سورة الاحزاب : ٣٣ - الآية ٢٦ .

(٥) سورة الحشر : ٥٩ - الآية ٧ .

في شيء من الوقائع والأحكام، فابهم كثيراً ما كانوا يختلفون في المسائل ويتناظرون فيها ، و متى أورد أحدهم نصاً يدل على مقالته التزم به خصمه ، ولم يقل إن النبي صلى الله عليه وآله مجتهد فيجوز لمجتهد آخر مخالفته ، أو أنه يجوز دفع النص الوارد عنه بالاجتهاد ومراعاة المصالح .

بل وقع من المخالف المحرم للمصلحة والشيخ المتقدم عليه ما يقتضي الاعتراف بالمنع من مخالفة النص وعدم جواز التعلل في ذلك بالمصالح ، كقول أبي بكر (١) حين استأذنه أسامة برسالة عمر بن الخطاب في الرجوع معللاً بأن معه وجوه الناس ، ولا يأمن على خليفة رسول الله ﷺ وحرمة وحرم المسلمين أن يتخفهم المشركون حول المدينة : « لو تخطفتني الكلاب والذئاب لم أرد قضاء قضى به رسول الله ﷺ » وقوله حين سأله أنصار برسالة عمر أيضاً أن يولتي أمرهم أقدم سنأ من أسامة فوثب من مكانه وأخذ بلحية عمر (٢) : « ثكلتك أمك يا ابن الخطاب استعمله رسول الله صلى الله عليه وآله وتأمرني أن أنزعه » .

وقول عمر مخاطباً للأنصار يوم السقيفة (٣) : « أيكم يرضى أن يتقدم قديمين قد مهما رسول الله ﷺ رضيك لأمر ديننا أفلا ترضاك لأمر ديانا حين احتجبتوا على أولويتهم بالأمر بكونهم الأنصار آدوا وصرخوا إلى آخر ما احتجبتوا به في ذلك اليوم » وليس احتجاجه عليهم بما سمعت إلا تقديماً للنص على الاجتهاد ، ولو جاز الاجتهاد مع النص لم يصح له ذلك ، وقوله (٤) حين قال قائل : أتؤمر علينا هذا الشاب الحدث ونحن جلة قريش : « دعني يا رسول الله ﷺ أضرب عنقه فقد

(٢٠١) السيرة الحلبية ج ٣ ص ٢٣٦ ط عام ١٣٥٣ وتاريخ الطبري ج ٣ ص ٢٢٢

ط مصر عام ١٩٦٢ و كامل ابن الاثير ج ٢ ص ٣٣٢ و ٣٣٥ ط بيروت عام ١٣٨٥ .

(٣) تاريخ الطبري ج ٣ ص ٢٠٢ ط مصر عام ١٩٦٢ و كامل ابن الاثير ج ٢ ص ٣٢٥

ط بيروت عام ١٣٨٥ مع اختلاف يسير .

(٤) الشافعي للسيد المرتضى (قده) ص ٢٤٦ باختلاف يسير .

نافق ، و قوله يوم بدر (١) حين أوصى رسول الله ﷺ أن لا يقتل أحد من بني هاشم لأنهم أكرهوا على الخروج فقال أبو حذيفة: «أقتل أبناءنا وإخواننا وترك بني هاشم، فلو أني لقيت عم النبي ﷺ لأضربن خياشيمه بالسيف» : «دعني يا رسول الله صلى الله عليه وآله أضرب عنق هذا المنافق ، ولم ينكر النبي ﷺ قوله ، بل لما رأى إصراره على ذلك اعتذر عنه بأنه يحب الله ورسوله» وقوله لعثمان (٢) إذ سأله أن يرد الحكم بن العاص الذي نفاه النبي ﷺ عن المدينة بعد أن زبره وأغلظ له في القول : «يخرجه رسول الله ﷺ وتأمرني أن أدخله ، والله لو أدخلته لم آمن أن يقول قائل غير عهد رسول الله ﷺ ، والله لأن أشق بائنتين كما تشق الإبله أحب إلى من أن أخالف رسول الله ، وإياك يا ابن عفان أن تعاودني فيه بعد اليوم» .

ومن ذلك أيضاً (٣) «إن عمر كان يرى أن الدية للأقارب وأن المرأة لا ترث من دية زوجها شيئاً و كان يفتي بذلك حتى أخبره الضحاك بن سفيان الكلبي بأن رسول الله ﷺ ورث الزوجة منها ، فترك اجتهاده فيها ، وعول على النص المنقول بخبر الواحد وقال «أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا كثيراً» وبذلك (٤) ظهر أنه لو كانت مخالفة النبي ﷺ بالاجتهاد جائزة له لم يصح منه ما صح عنه من احتجاجه على الأنصار وحكمه على المخالف بالنفاق واشتتماره إياه ﷺ في قتله وامتناعه من رد الحكم وغير ذلك مما يطول استقصاؤه ، بل هو صريح في أن مخالفته تقتضي الضلال والاضلال والكفر والنفاق كما هو الحق الذي أجرى على لسانه إلزاماً له بتجريمه المتعة التي هو روى إباحة

(١) مستدرك الحاكم ج ٣ ص ٢٢٣ وسيرة أبي هشام ج ١ ص ٦٢٩ ط ١٣٧٥ هـ

الاختلاف اليسير .

(٢) الشافعي للسيد المرتضى (قده) ص ٢٧٣ ونقله في البحار أيضاً ج ٨ ص ٣٢٣

طبعة الكمباني .

(٣) راجع القدير للاميني (ره) ج ٦ ص ١٦٨ . أخرجه عن عدة من أصحابهم

وكتبهم .

(٤) نقله في القدير ج ٧ ص ١١٩ باختلاف يسير .

النبي ﷺ لها .

ومن هنا عدل جماعة أخرى عن الجواب بذلك إلى دعوى النسخ في زمن النبي صلى الله عليه وآله وإن نهى عمر كان عن نهيه لا من نفسه ، فالمراد من قوله : « أنا أنهى » إثني أيئن أن الأمر تقرر على النهي ، ومن قوله : « كانتا » الكون في بعض أوقاته ، محتجين على ذلك بالأخبار التي رويها (١) و بأن عمر قد ذكر التحريم على المنبر بملأ من الصحابة والناس ، ولو لا معلومية النسخ لأنكرت عليه الصحابة ، سيما أمير المؤمنين (عليه السلام) الذي لا زال ينكر على اجتهداه .

وفيه أدلّة أنه خلاف ظاهر الخبر المزبور ، وثانياً أنهم روي في صحاحهم المشهورة ما يدل على عدم نسخها ، فمن صحيح البخاري ومسلم وتفسير الثعلبي عن عمران بن حصين (٢) قال : « نزلت آية المتعة في كتاب الله عز وجل » ولم تنزل آية بعدها تنسخها ، فأمرنا بها رسول الله ﷺ ولم ينهانا عنها ، فقال رجل برأيه ما شاء ، قال البخاري : « يقال إنه - أي الرجل المذكور - هو عمر » بل قال مسلم : « يعنى عمر » ولم يقل « يقال » وما عن الصحيحين أيضاً عن ابن مسعود (٣) قال : « كنا نفزوا مع النبي ﷺ ليس معنا نساء » فقلنا ألاستحسن فنهانا عن ذلك ، ثم رخص لنا أن نستمع فكان أحدها ينكح المرأة بالثوب إلى أجل ، ثم قرأ عبدالله : يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » (٤) فان قراءة الآية بعد إخباره عن حل المتعة صريحة في دوام الحل و بطلان النسخ ، بل فيها تعريض بمن حرّمها ، وما عن تفسير الثعلبي و محمد بن جرير الطبري و ابن الأثير في نهايته عن علي بن أبي طالب (عليه السلام) (٥) قال : « لولا أن نهى عمر عن المتعة مازنى إلا شقي » وفي المحكي

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ إلى ص ٢٠٧ .

(٢) راجع الفدير للاميني (ره) ج ٦ ص ١٩٨ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٠ وفيه « ألانخصي » راجع الفدير ج ٦ ص ٢٢٠ .

(٤) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨٧ .

(٥) راجع الفدير للاميني (قده) ج ٦ ص ٢٠٦ .

عن صحيح مسلم عن عطاء (١) قال : « قدم جابر بن عبد الله معتمراً فجعنا في منزله فسأله القوم عن أشياء ثم ذكروا المتعة فقال: نعم استمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر » وعن ابن الزبير (أبي الزبير خ ل) (٢) قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : كنّا نستمع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر حتى نهى عمر عنه في شأن عمرو بن حريث » وعن أبي نضرة (٣) قال : « كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آت ، فقال : إن ابن عباس وابن الزبير اختلفا في المتعتين ، فقال جابر : فعلناهما مع رسول الله ﷺ ثم نهانا عمر عنهما فلم نعد » وروى ابن الأثير في المحككي من نهايته عن ابن عباس (٤) قال : « ما كانت المتعة إلا رحمة رحم الله بها أمة محمد ﷺ لولا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شفا » (٥) وعن شعبة (٦) « إني سألت الحكم بن عيينة عن هذه الآية (٧) فما استمتعتم به منهن ، منسوخة هي ؟ قال : لا ، ثم قال : قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه لولا أن نهى عن المتعة ما زنى إلا شقى » وعن صحيح الترمذي (٨) « أنه سأل رجل من أهل الشام ابن عمر عن متعة النساء ، قال : جلال فقال : إن أباك قد نهى عنها ، فقال : أرايت إن كان أبي قد نهى عنها وسنها رسول الله ﷺ وترك السنة وتبع أبي » إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على عدم النسخ التي هي أولى من الدالة عليه بالموافقة للأصل ، وبأنها متفق عليها عند المخالف والمؤلف ، بخلاف أخبار النسخ التي تفرّد بها الأول .

وقد تضمنت الأخبار المزبورة الإنكار على المحرّم من علي رضي الله عنه وابن عباس وابن مسعود وجابر وغيرهم ، ولا فرق في ذلك بين وقوعه في عصره أو فيما بعده ، فإن

(١) (٣٩٢١) راجع الندير للاميني (قد) ج ٦ ص ٢٠٧-٢٠٥-٢٠٩ .

(٢) (٦٠٤) راجع الندير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢٠٦ .

(٣) ذكر في هامش النسخة الأصلية هنا تفسيراً لشفا « أي قليل من الناس » .

(٤) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٢ .

(٥) (٨) راجع الندير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢٠١ و ٢٠٢ .

الانكار المتأخر كاشف عن كون السكوت السابق لمصلحة لا رضا ، وإلا لما تعقبه الانكار ، وعن ابن أبي الحديد إنه روى عن محمد بن جرير الطبري قال : روى عبد الرحمن بن أبي زيد عن عمران بن سودة الليثي (١) عنه قال لعمر : عابت رعيتك عليك أربعاً ، قال : فوضع عود الدرة ثم ذقن عليها ، وقال : هات - إلى أن قال - ذكروا أنك حرّمت متعة النساء وقد كانت رخصة من الله يستمتع بقبضة ويفارق من ثلاث ، قال : إن رسول الله ﷺ أحلها في زمان ضرورة ورجع الناس إلى السعة ، ثم لم أجد أحداً من المسلمين عاد إليها ولا عمل بها ، لأنّ من شاء فكح بقبضة فارق عن طلاق بثلاث ، الحديث . وهو صريح في وقوع التنكير عليه من الصحابة في عصره و في الاعتراف بمخالفة النبي ﷺ ، فالاعتذار عنه بالنسخ تحكم من غير تراخي الخصمين . على أن الامساك عن التنكير إنما يدل على الرضا مع فقد الأسباب المقتضية له غير الرضا ، وهو هنا ممنوع ، لاحتمال مخافة الفتك بهم ، كما هو المعلوم من حاله وفضاخته وغلظته لما له من الشأن في تحریمها .

كل ذلك مضافاً الى ما عرفته من صراحة عبارته في دوام الحكم وعدم النسخ ، و أن التحريم إنما كان من قبله لا عن النبي ﷺ ولم يذكر هو في ذلك المقام ولا غيره النسخ ، بل حكى عنه الاعتذار بما سمعت ، ولو أن النسخ ثابت كما ادعاه المجيب لأشار إليه ، ليكون أدخل في الكف عنها و أقطع لألسن الطاعنين عليه والمستبعمين لعثراته ، حتّى استمر الطعن عليه بذلك مدى الأعصار مثبتاً في الصحف ومحفوظاً في الصدور تتناقله الرواة والنقلة خلفاً عن سلف .

و أيضاً فإنه قد قرن تحريم المتعتين بلفظ واحد ، ولم يدع أحد منهم النسخ في متعة الحج ، بل صرحوا فيها بدوام الحكم ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع على الجواز ، وحينئذ فحمل الكلام على ظاهره من إسناد التحريم الى نفسه فيهما متعين ، وإلا فعمله على النسخ في خصوص متعة النساء بعيد جداً ، بل مقطوع بفساده .

على أن الأخبار التي رويها في النسخ متناقضة على وجه يعلم منه أنها موضوعة ، فانهم رويوا أنها أبيعحت عام الفتح و أن النبي ﷺ لم يخرج من مكة حتى حرّمها (١) و أنها أبيعحت عام أوطاس ثلاثة أيام (٢) أو يوماً أو ليلة و أنها أبيعحت في حجة الوداع ، ثم نهى النبي ﷺ عنها (٣) و أنها أبيعحت أول الاسلام حتى نزلت د إلا على أزواجهم ، (٤) الآية (٥) و أنها نسخت يوم خيبر و يوم تبوك (٦) و أين حجة الوداع والفتح و خيبر و تبوك عن أول الاسلام ، كما أنه ابن هو و أين عام أوطاس .

على أن هذه الآية تكررت في سورتين سورة المعارج والمؤمنون وهما مكّيان كما ذكره المفسرون فكيف ينسخ بها ما حكمه مدني ؟ و قد التجأوا في رفع هذا الاختلاف الى القول بتكرار التحريم والاباحة ، وليس هو كذلك .

ولكن لما لم يكن لدعوى النسخ أصل و إنما أرادوا بافترائه رفع الطعن ، وقد توارد خاطر جماعة منهم على ذلك ، فوضع كل منهم من غير أن يعلم بالآخر ، فحصل ما حصل مما يعلم به الزور في الأخبار والشهادة عند تفريق الشهود ، كما هو المعروف في قصة دايال (٧) .

كل ذلك مضافاً الى دلالة الآية على مشروعيتها ، فانها كما عن أكثر المفسرين من العامة فضلاً عن الخاصة نزلت فيه ، بل قد يؤيد ذلك لفظ الاستمتاع ، بناءً على أنه حقيقة في المنقطع وإن كان في اللغة موضوعاً للالتفاف والالتذاذ ، بل لولم

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٢-٢٠٣-٢٠٤ .

(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٥ و ٢٠٦ .

(٣) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦ .

(٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ الى ٢٠٧ .

(٥) الحديث طويل ذكر قسماً منه مما يشير اليه في الوسائل في الباب - ١٩ - من

أبواب كيفية الحكم الحديث ١ من كتاب القضاء و تمامه في الكافي ج ٧ ص ٢٢٥ و ٢٢٦

والتهذيب ج ٦ ص ٣٠٨ الرقم ٨٥٢ .

فقل بشبوت الحقيقة الشرعية فيه أمكن القول بتعيين الحمل عليه، لتعذر إرادة اللغوية منه باعتبار تعليق الأجر عليه، ومن المعلوم عدم دوران مداره .

كما أنه يؤيده أيضاً ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود وأبي بن كعب ومجاهد وعطاء وجماعة كثيرة من الصحابة والتابعين من أنهم كانوا يقرأون «فما استمتعتم به منهن» إلى أجل مسمى» .

بل قد يؤيد أيضاً بظهور لفظ الأجر في العوض للمؤجل، فإنه يسمى في النكاح الدائم صداقاً ونحلاً وفرضاً، وإطلاقه عليه في مطلق النكاح في قوله تعالى (١) : «ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتهن» أجورهن» ، وقوله تعالى (٢) : «فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن» لا ينافي الظهور الكافي في المطلوب . وقد يؤيد أيضاً بقوله تعالى فيها (٣) : «ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة» فإن المعنى على ما ذكره الأصحاب أن تزويدها في الأجر وتزويدها في الأجل، وقد بناقش باحتمال إرادة رفع الجناح عما تراضيا عليه من الإبراء كلاً أو بعضاً والاعتياض عليه ونحو ذلك، ويدفع بأن الحمل على الأول يقتضي دلالة الآية على ما لا يستفاد من غيرها بخلاف الثاني، فإنه معلوم بالضرورة من العقل والنقل غير الآية، والتأسيس خير من التأكيد، لكنه كما ترى .

و إلى الأخبار المتواترة من طرقنا (٤) بل لعلها كذلك من طرفهم (٥) وقد سمعت كلام ابن المحرّم، بل المحرّم نفسه قد روى ذلك، ومن طريق ذلك ما حكى الراغب في محاضراته (٦) «أن يحيى بن أكرم القاضي قال لشيخ بالبصرة كان يتمتع: عن أخذت المتعة؟ فقال: عن عمر، فقال له: كيف وهو أشد الناس بهياً عنها؟

(١) سورة الممتحنة : ٦٠ - الآية ١٠ .

(٢) سورة النساء : ٢٤ - الآية ٢٥ - ٢٤ .

(٣) الوسائل الباب ١ - من أبواب المتعة .

(٤) باجع الفدير للاميني (ره) ج ٦ ص ١٩٨ إلى ٢١٣ .

(٥) ذكره الاميني (ره) في الفدير ج ٦ ص ٢١٢ عن المحاضرات ج ٢ ص ٩٣ .

فقال: إن الخبر الصحيح جاء عنه أنه صعد المنبر ، وقال: إن الله ورسوله أحل لكم متعتين وأنا أحرمهما و أعاقب عليهما فقبلنا شهادته و روايته عن رسول الله ﷺ ولم نقبل تحريمه لها من قبل نفسه .

وإلى الإجماع ، أما من الطائفة المحقة فهو واضح ، بل هو من ضروريات مذهبهم ، و أما من غيرهم فلا اتفاق الصحابة و من كان في صدر الاسلام على إباحتها و شرعيتها من غير تكبير ، كما يظهر من أخبار جابر و غيرها ، حتى ما روى عن المحرم نفسه ، فانه يدل على أن الحكم بالحل كان شائعاً معروفاً في زمان النبي صلى الله عليه وآله و آله و مدة خلافة أبي بكر و برهة من خلافته ، فالقول بالتحريم بعد ذلك مخالف لإجماع الأمة التي لا تجتمع على ضلالة .

احتجوا بقوله تعالى (١) : « إلا على أزواجهم » الآية ، والمتعة ليس ملك يمين ولا زوجة ، لأنها لا تراث ولا تورث ، ولأنها تبين بغير طلاق ولا لعان ولا ظهار ولا إيلاء ، ولا نفقة ولا قسم ، وانتفاء لوازم الزوجية عنها تقتضي انتفاء الملزوم ، فاذا لم تكن زوجة ولا ملك يمين كانت من العدوان المحرم بمقتضى الآية (٢) .

وفيه (أولاً) أن دلالة الآية بطريق العموم الذي لا ينافي التخصيص بدليل ، و (ثانياً) منع لزوم الأمور المزبورة للزوجة ، لانتفاء الارث في الذميمة والقائلة والأمة ، و حصول الابانة بغير الطلاق في الملائنة والمرتدة والأمة المبيعة ، وسقوط النفقة بالنشوز ، و عدم اللعان والظهار والايلاء فلاشتراطها بالدوام لا الزوجية ، ولو فرض ما يدل على وقوعها بالزوجة وجب تخصيصه بالدائمة جمعاً بينه وبين ما دل على عدم لحوقها بالمتعة .

واحتجوا أيضاً بالأخبار (٣) الدالة على تحريمها ونسخها ، وفيه أنها معارضة بالأخبار الكثيرة الدالة على حليتها واستمرار الحكم بها في عهد الرسالة و ما بعد ،

(٢٥١) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦- ٧ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ الى ٢٠٧ .

ذلك إلى أن حرّمها عمر ، والترجيح لهذه الأخبار لكثرتها و اتفاق الفريقين عليها بخلاف روايات التحريم ، فإن المخالفين انفردوا بها ولم يرد من طريق الامامية ما يقتضي التحريم ، مع اشتهاار الحكم به بين أهل الخلاف وكثرة اختلاف الروايات من جهتهم ، واعتضاذاها بظاهر الكتاب وإجماع المسلمين في الجملة ، والأصل دوام الحكم وانتفاء النسخ حتّى يعلم خلافه ، مضافاً الى ما عرفته من ظهور الوضع على روايات التحريم الّذى منه أيضاً أنهم رروا ذلك (١) عن عليّ عن رسول الله ﷺ ، مع أن مذهب عليّ عليه السلام في ذلك معلوم ، وقد نقله جماعة من روااتهم ، و أنه عليه السلام كان يقول (٢) : « لولا نهى عمر عن المتعة ما زنى إلا شقي » .

واحتجّوا أيضاً بالاجماع على تحريمها ، فإن الصحابة قد اتفقوا عليه بعد نهى عمر عنه ، ولم يخالف فيه إلاّ ابن عباس ، وقد نقل عنه الرجوع إليه في آخر عمره ، وفيه منع الاجماع ، وكفى بذلك اتفاق أهل البيت الذينهم أساطين الاسلام على خلافه ، واتفاق شيعتهم على ذلك ، حتّى صار من ضروريات مذهبهم يعرفه كل أحد منهم ، فدعوى الاجماع مجازفة بينة لا تصدر إلاّ عن معاند متصلف ، وأيضاً فالقول عليها منقول عن أعظم الصحابة والتابعين ، كابن عباس و ابن مسعود و أبي بن كعب وجابر و أبي سعيد الخدري و سلمة بن الأكوع و المغيرة بن شعبة و مجاهد و عطاء بن أبي رباح و طاووس و أبي الزهري مطرف و محمد بن سدى ، و عن مسلم في صحيحه و أبي الحسن بن علي بن زيد في كتاب الألفه أنهما زادا في الصحابة معاوية بن أبي سفيان و عبد الله بن عمر بن الخطاب و عمر بن جويده و ربيعة بن أمية و سلمة بن أمية و صفوان بن أمية و معلى بن أمية و البراء بن عازب و ربيع بن ميسرة و سهل بن سعد الساعدي ، كما عن أبي الحسن علي بن الحسين الحافظ في كتاب سير العباد الزيادة في التابعين الحسن البصري و ابراهيم النخعي و سعيد بن حبيب و ابن جريح و عمر بن دينار ، و نقل عن مالك و ابن شبرمة من الفقهاء الميل اليها ، وما ذكر من رجوع ابن عباس عن ذلك

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ .

(٢) راجع الفدير للاميني (ره) ج ٦ ص ٢٠٦ .

غير ثابت ، ولو صح لم يلزم منه الاجماع على التحريم إلا مع العلم باتقاء الخلاف ، وقد عرفت بطلانه .

وقد ظهر لك من ذلك كله أنه لا إشكال في إباحتها ، بل لا يبعد استحبابها مؤكداً بمعنى رجحانها من حيث خصوصيتها ، لكونها من شعار الإيمان وعلامات المؤمنين ، ولما فيها من الرد على من نهى عنها وحرّمها فإن المباح يصير مندوباً بتمحريم أصحاب البدع ، كما يصير بايحابهم إياه مكروهاً قمعاً لا تار البدعة ، ففي خبر بشير بن حمزة (١) عن رجل من قريش قال : « بعثت اليّ ابنة عم لي كان لها مال كثير : قد عرفت كثرة من يخطبني من الرجال فلم أزوجهم نفسي ، وما بعثت اليك رغبة في الرجال غير أنه بلغني أن المتعة أحلها الله عز وجل في كتابه وبيّنها رسول الله ﷺ في سنته فعزّمتها زفر ، فأحببت أن أطيع الله عز وجل فوق عرشه وأطيع رسوله وأعصي زفر ، فتزوجني متعة ، فقلت : حتى أدخل على أبي جعفر عليه السلام فاستشيرته ، قال : فدخلت عليه فخبيرته ، فقال : إفعل صلى الله عليكما من زوج ، وعنه عليه السلام أيضاً (٢) إته قال لرجل سأله هل في المتعة ثواب ؟ فقال : « إن كان يريد بذلك وجه الله وخلافاً على من أنكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله له بها حسنة ، فإذا دنى منها غفر الله له بذلك ، فإذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مر من الماء على شعره ، قلت : بعدد الشعر قال : نعم بعدد الشعر ، وفي المرسّل عنه عليه السلام أيضاً (٣) « إن النبي ﷺ لما أسري به إلى السماء قال : لحقني جبرئيل فقال : يا محمد إن الله تعالى يقول : إني قد غفرت للمتحمّتين من أمتك من النساء ، وفي آخر (٤) « ما من رجل تمتّع ثم اغتسل إلا خلق الله من كل قطرة تقطر منه سبعين ملكاً يستغفرون له إلى يوم القيامة ، ويلعنون مجتنبها إلى أن تقوم الساعة » وقال أبو الحسن عليه السلام (٥) لرجل ذكر له أنه عاهد الله أن لا يتمتع : « عاهدت الله لا تطيعه ، والله لئن لم تطعه لتمصينه » إلى غير ذلك من الأخبار الدالة على رجحانها .

(١) الوسائل الباب ٢- من أبواب المتعة الحديث ٩-٣-٤-١٥ .

(٥) الوسائل الباب ٣- من أبواب المتعة الحديث ١ .

بل في بعضها (١) « ما أحب للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتى يتزوج المتعة ولو مرة في بعض عمره » « إئتني لأكره للرجل المسلم أن يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله ﷺ لم يمنعها ، فقلت : فهل تمتع رسول الله ﷺ ؟ فقال : نعم وقرأ هذه الآية (٢) : « وإذا أسر النبي إلى بعض أزواجه الآية » (٣) .

ولا ينافي ذلك حسن علي بن يقطين (٤) « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المتعة فقال : وما أنت وذاك ، وقد أغناك الله عنها » الحديث وخبر الفتح بن يزيد (٥) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة ، فقال : هي حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج ، فليستعفف بالمتعة ، فإن استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها » وخبر محمد بن الحسن بن الميمون (٦) « كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه : لا تلحقوا على المتعة فانما عليكم إقامة السنة ، فلا تشغلوا بها عن فرشكم وحوائركم ، فيكفرون و يبرأن و يدعون على الأمر بذلك و يلعنون » وخبر المفضل بن عمر (٧) « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المتعة : دعوها أما يستحيي أحدكم أن يرى في موضع العورة فيحمل ذلك على صالحه إخوانه وأصحابه » بعد تسليم المكافئة ، لاحتمال الحمل على ما إذا اقتضى التمتع فساد النساء المعقود عليهن دائماً كما أوماً إليه الخبر المزبور ، أو اقتضى الشين أو لحقوق العار باتهامه بفعل المحرم ، كما ينبئ عليه خبر المفضل ، وهذا لا يقدح في أصل الاستحباب المراد منه مع قطع النظر عن العوارض أو الثقية خصوصاً من أبي الحسن عليه السلام المروى عنه أكثر هذه الأخبار ، وربما يوميء

(١) الوسائل الباب ٢- من أبواب المتعة الحديث ١٠ .

(٢) سورة التحريم : ٦٦ - الآية ٣ .

(٣) الوسائل الباب ٢- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٤) (٥٤) الوسائل الباب ٥- من أبواب المتعة الحديث ١-٢ .

(٥) (٧٦) الوسائل الباب ٥- من أبواب المتعة الحديث ٣-٤ والاول عن محمد بن

إلى ذلك خبر حماد (١) قال : « قال لى أبو عبد الله عليه السلام ولسلمان بن خالد : قد حرمت عليكما المتعة من قبلي مادمتما بالمدينة ، لأنكما تكثران الدخول على وأخاف أن تؤخذا فيقال : هؤلاء أصحاب جعفر » .

﴿ وكيف كان في النظر فيه يستدعى بيان أركانه ﴾ التي تدخل في مفهومه في عرف المتشعبة ﴿ وأحكامه ، وأركانه أربعة ﴾ بجعل المتعاقدين واحداً ، لكونهما معاً فاعلاً واحداً للعقد ، ضرورة شمول العاقد لهما شمول الكل لأجزائه ، وهي ﴿ الصيغة والمحل والأجل والمهر ، أما الصيغة فهي اللفظ الذي وضعه الشرع ﴾ وعيّنهُ ﴿ وصلة إلى انعقاده ﴾ كغيره من العقود اللازمة ﴿ وهو ﴾ أي اللفظ المزبور ﴿ إيجاب وقبول ﴾ فلا يحصل بدون ذلك قطعاً ، بل إجماعاً بتسميه ، ونصوصاً (٢) .

نعم ربما ظهر من الكاشاني وبعض الظاهرية من أصحابنا الاكتفاء بحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال على النكاح والانتكاح ، لخبر نوح بن شعيب عن علي عن عمه (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى عمر ، فقالت : إنني زينت فطهرتني ، فأمر بها أن ترجم ، فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام ، فقال : كيف زينت ؟ قالت : مررت في البادية فأصابني عطش شديد ، فاستقيت أعراياً ، فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنته من نفسي ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تزويج ورب الكعبة ، قال في الوافي : « إنما كان تزويجاً لحصول الرضا من الطرفين ، و وقوع اللفظ الدال على النكاح والانتكاح فيه ، وذكر المهر وتعيينه ، والمرّة المستفاد من الإطلاق القائمة مقام ذكر الأجل » و هو كما ترى ، ضرورة اعتبار اللفظ المقصود به إنشاء ذلك ، والفرض خلو هذا المذكور منه ، فلا بد حينئذ من حمله على إرادة كونه بحكم

(١) الوسائل الباب ٥- من أبواب المتعة الحديث ٥ عن حماد قال : « قال أبو عبد الله

عليه السلام لى ولسلمان بن خالد » .

(٢) الوسائل الباب ١٨- من أبواب المتعة .

(٣) الوسائل الباب ٢١- من أبواب المتعة الحديث ٨ .

التزويج باعتبار اضطرارها، كما يوميء إليه رواية الخبر المزبور بطريق آخر (١) : قال فيه « إنه لما بلغ مني أي العطش آتيته فسقاني ووقع عليّ فقال عليّ عليه السلام : هذه التي قال الله : (٢) فمن اضطر غير باغ ولا عادي، وهذه غير باغية ولا عادية، فغضلي عمر سبيلها، وقال : لولا عليّ لهلك عمر » .

إنما الكلام في الاجتزاء بكلّ لفظ دالّ على ذلك صريحاً بنفسه أو بالقريضة على حسب المتعارف في الخطابات أو اعتبار لفظ مخصوص صريح بنفسه، ظاهر قول المصنف وغيره : ﴿ وألغاظ الإيجاب ثلاثة : زوجتك ومتعتك وأنكحتك أيها حصل وقع الإيجاب به ، ولا ينعقد بغيرها ، كلفظ التملك والهبة والاجارة ﴾ الثاني ، بل حكى غير واحد الشهرة عليه ، كذا أنه حكاه على عدم انعقاد العقد اللازم بالمجاز ، من غير فرق بين القريب منه والبعيد اقتصاراً فيما خالف أصل عدم الانتقال ونحوه على المتيقن، ولكن قد عرفت المناقشة فيه في كتاب البيع وفي عقد النكاح ، فانه قد أشبعنا الكلام في ذلك في المقامين، فلاحظ وتأمل . ولعله لذا قال السيد في المحكي من طبرياته : « أما نكاح المتعة فينعقد بما ينعقد به المؤبد من الألفاظ وقوله امتعيني نفسك و آجريني أيضاً » بل عنه « أن تحليل الأمة عقد متعة » فينعقد عنده بالإباحة أيضاً .

﴿ و ﴾ كذا الكلام في القبول ﴿ الذي ﴾ هو اللفظ الدالّ على إنشاء ﴿ الرضا بذلك الإيجاب ، كقوله : قبلت النكاح أو المتعة ﴾ أو التزويج ، بل ﴿ ولو قال : « قبلت » واقتصر أو « رضيت » جاز ﴾ كما تقدم ذلك كله في عقد النكاح .

﴿ و ﴾ كذا تقدم فيه وفي عقد البيع أنه ﴿ لو بدأ بالقبول ، فقال : « تزوجت » فقالت هي : « زوجتك » صح ﴾ وعن الحلبي والقاضي جواز أن يقول لها : « متعيني نفسك بكذا مدة كذا » فتقول « قبلت » فيقول الرجل : « قبلت » .

بل ﴿ و ﴾ تقدم أيضاً البحث في أنه هل ﴿ يشترط ﴾ فيهما ﴿ الاتيان بلفظ

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب حد الزنا الحديث ٧ من كتاب الحدود .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٧٣ .

الماضي ﴿ وأنه قيل بذلك للاقتصار على المتيقن، وحينئذ ﴿فلو﴾ قالت : «أتزوجك» أو «تزوجني» أو ﴿ قال: «أقبل، أو «أرضي» و ﴿ كان ذلك مع ﴿ قصد الانشاء لم يصح ﴾ ، وقيل : لا يشترط كما هو مذهب جماعة ، بل لعله لا يخلو من قوة ، لا طلاق الأدلة ﴿و﴾ حينئذ ﴿ولو﴾ قال : «أتزوجك مدة كذا بمهر كذا» وقصد الانشاء فقالت : «زوجتك» صح ﴿ مضافاً إلى خبري أبان (١) وابن أبي نصر (٢) الدالين على ذلك ، بل وعلى تقدم القبول على الإيجاب ﴾ وكذا لو قالت : «نعم» ﴿ كما في خبر أبان (٣) و خبر هشام بن سالم (٤) وقد أشبعنا الكلام في ذلك كله وفي غيره من اعتبار العربية وعدم اعتبار التعدد و نحو ذلك من المتعلقة بنحو المقام ، ضرورة عدم الفرق بين عقد المتعة وغيره من العقود اللازمة فضلاً عن عقد الدوام ، فلاحظ و تأمل .

﴿وأما المحل فيشترط﴾ إذا كان الزوج مسلماً ﴿ أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية، كاليهودية والنصرانية والمجوسية على أشهر الروايتين ﴾ (٥) وفي الأخرى (٦) النهي عن التمتع بالمجوسية ، وهو محمول على الكراهة التي قد يستفاد من بعض الأخبار (٧) تحققها في اليهودية أيضاً ، إلا أن المجوسية أشد .

﴿و﴾ على كل حال فإذا تمتع بالكتابية كان له أن ﴿يمنعها من شرب الخمر﴾ وأكل لحم الخنزير ﴿و﴾ غير ذلك من ﴿ارتكاب المحرمات﴾ المنافية للاستمتاع للنفرة ، بخلاف ما لا ينافيه ، فإنه لا سلطان له على منعها بعد اعتصامها بالذمة ، وقد سمعت سابقاً النص (٨) على ذلك بل سمعت احتمال اعتبار الرخصة في تكاثرها

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعة الحديث ١ - ٢ - ١ والثاني عن ابن

أبي نصر عن ثعلبة .

(٤) في المقام روايتان لهشام بن سالم رواها في الوسائل في الباب - ١٨ - من أبواب

المتعة الحديث ٣ و ٤ .

(٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعة الحديث ٥ - ١ .

(٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٢ و ٣ .

(٨) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ .

ذلك بأن يستحقه عليها بشرط في العقد ونحوه، إلا أنه كما ترى، مثل احتمال وجوب المنع عليه أو استحبابه من باب الأمر بالمعروف أو استحقاق ذلك له بالزوجة وإن لم يكن منافياً، والأقوى حمل الأمر في البص على ما عرفت، لكونه في مقام توهم الحظر بسبب اعتصامها بالذمة.

﴿أما المسلمة﴾ مؤمنة كانت أو غير مؤمنة ﴿فلا تتمتع إلا بالمسلم خاصة﴾ مؤمناً كان أو غير مؤمن بناءً على عدم اعتبار الإيمان في الكفاءة، وإلا فلا يجوز لغير المؤمن التمتع بالمؤمنة كما عرفت الكلام فيه مفصلاً وفي حرمة غير الكتابيين على المسلم وحرمة المسلمة على الكفار أجمع، نعم في الفقيه مرسل (١) عن الرضا عليه السلام والمتعة لا تحل إلا لمن عرفها وهي حرام على من جهلها، ومقتضاه عدم جواز تمتع المؤمن بالمخالفة والمخالف بالمؤمنة، لأن الحرمة من طرف تستلزمها من طرف آخر، لكونها تابعة لصحة العقد وفساده الذي قد عرفت سابقاً عدم تبعضه بالنسبة إلى المتعاقدين، إلا أنه لما كان غير جامع لشرائط الحجية حتى يصلح لتخصيص المومات وجب حمله على إرادة الإثم على جاهلها، باعتبار إقدامه على المحرم عنده، فلا ينافي حينئذ صحة العقد في نفسه، كما هو واضح.

وعلى كل حال فقد ظهر لك من ذلك أن المراد بالشرط المذكور في المتن بالنسبة إلى المسلم خاصة، ضرورة عدم اشتراط ذلك بالنسبة إلى الكفار حتى الوثني بالنسبة إلى الوثنية، فإن المتعة بينهما صحيحة.

﴿و﴾ كيف كان ﴿فلا يجوز﴾ للمسلم التمتع ﴿بالوثنية ولا بالناصبية المعاملة بالعداوة﴾ لأهل البيت عليه السلام أو أحدهم ﴿كالخوارج﴾ ولا بغيرهم من أصناف الكفار غير من عرفت، كما تقدم الكلام فيه سابقاً، وفي أنه لا عبرة بالإعلان في حرمة الناصبية، وفي تحقيق المراد بالناصب، وربما ظهر من كشف اللثام هنا اعتباره قال: «وإلا فالعامة ناصبة، لكن لا يسمون بها لعدم الإعلان» وفيه ما عرفت سابقاً أنهم بحكم الناصبية في الآخرة لا الدنيا إلا المنغض لأحد من أهل البيت عليه السلام.

متديناً به أولاً ، فذلك الناصب ﴿و﴾ قد عرفت الحال فيه في محله . كما عرفت فيما مضى أنه ﴿لا يستمتع أمة وعنده حرّة إلاّ بإذنها ، ولو فعل كان العقد باطلاً﴾ أوموقوفاً على الاذن .

﴿وكذا لا يدخل عليها بنت أخيها ولا بنت أختها إلاّ مع إذنها ، ولو فعل كان العقد باطلاً﴾ أوموقوفاً على الاذن و غير ذلك من المحرّمات عيناً وجمعاً ، ضرورة كونه أحد فردي النكاح الذي هو عنوان الحرمة ، بل منه يعلم أن الأصل اشتراك الدائم والمنقطع في الأحكام التي موضوعها النكاح والتزويج ونحوهما مما يشمل المنقطع إلاّ ماخرج بالدليل من عدم الارث والنفقة والقسم والزيادة على الأربيع ونحو ذلك ، كما هو واضح . فلاحظ حينئذ جميع ما تقدم سابقاً التي منها ما أشار اليه المصنف هنا إذا فرض كون موضوعها المنقطع ، والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال ﴿يستحب أن تكون﴾ المتمتع بها ﴿مؤمنة﴾ لقول الرضا عليه السلام (١) : « المؤمنة أحب إليّ » ، وقول الصادق عليه السلام لما سأله محمد بن الفضيل (٢) عن المتعة فقال : « نعم إذا كانت عارفة قلنا فان لم تكن عارفة ، قال : فأعرض عليها و قل لها فان قبلت فتزوجها و إن أبت فدعها ، ولا ينافي ذلك قول الصادق عليه السلام في المرسل (٣) : « لا تستمتع بالمؤمنة فتذلها » المحمول على المرأة التي هي من ذوي الشرف .

و أن تكون ﴿عفيفة﴾ لخبر ابن سنان (٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها - أي المتعة - فقال لي : حلال ، ولا تتزوج إلاّ عفيفة ، إن الله عز وجل يقول (٥) :

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعة الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب المتعة الحديث ١ عن محمد بن العيص ، وفي الكافي

ج ٥ ص ٤٥٤ والتهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ الرقم ١٠٨٨ ، والفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ الرقم ١٣٨٧

عن محمد بن فيض .

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب المتعة الحديث ٤ .

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المتعة الحديث ٢ عن أبي سارة ،

(٥) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٥ .

الذينهم لفروجهم حافظون ، فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على دراهمك .

﴿و﴾ يستحب له أيضاً ﴿أن يسألها عن حالها مع التهمة﴾ لخبر أبي مريم (١) عن الباقر عليه السلام « أنه سئل عن المتعة فقال : إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم ، كن يومئذ يؤمن ، واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن » لكن في المسالك « إن هذا يقتضي الأمر بالسؤال عن حالها ولولغيرها وهو أجود من تعبير المصنف بسؤالها ، بل يقتضي سؤال غيرها خاصة ، لعدم الجدوى في سؤالها مع التهمة ، بل قد يظهر منه الأمر بالسؤال مطلقاً إلا أن يعلم كونها مأموئة .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ليس﴾ السؤال المزبور ﴿شرطاً في الصحة﴾ للأصل وحمل فعل المسلم على الصحيح ، قيل : وخبر محمد بن عبد الله الأشعري (٢) قلت للرضا عليه السلام : « الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً قال : ما عليه ، أرايت لو سألها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج ؟ » وفيه أنه يمكن أن يكون ذلك غير ما نحن فيه من السؤال عن التهمة أو مطلقاً قبل العقد عليها ، لظهور النصوص في مرجوحية السؤال بعد التزويج ، قال محمد بن راشد (٣) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « إنني تزوجت المرأة متعة فوق في نفسي أن لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً ، قال : ولم فتشت ؟ » وفي مرسل مهران (٤) عنه عليه السلام أيضاً « قيل له : إن فلاناً تزوج امرأة متعة ، فقيل له : إن لها زوجاً فسألها ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : ولم سألها » فالأولى الاستدلال عليه بخبر أبان بن تغلب (٥) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « إنني أكون في بعض الطرقات فأرى المرأة الحسناء ولا آمن أن تكون ذات بعل

(١) الوسائل الباب ٦- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ١٠- من أبواب المتعة الحديث ٤-٥ .

(٣) الوسائل الباب ١٠- من أبواب المتعة الحديث ٣ عن فضل مولى محمد بن راشد ، كما في التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ الرقم ١٠٩٢ .

(٤) أشار إليه في الوسائل في الباب ١٠- من أبواب المتعة الحديث ١ وذكره

في الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

أومن العواهر، قال : ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها في نفسها .

❖ ويكره أن تكون زانية ، فإن فعل فليمنعها من الفجور ، وليس شرطاً ❖
في أصل الجواز الذي قد عرفت فيما تقدم ما يدل عليه وعلى الكراهة مؤيداً بما سمعته
آنفاً من النهي (١) عن غير العفيفة ، وقول الصادق (عليه السلام) في خبر محمد (٢) « إياكم
والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الأزواج ، قلت : وما الكواشف ؟ قال : اللواتي
يكاشفن وبيوتهن معلومة ويؤتين ، قلت : فالدواعي ، قال : اللواتي يدعين إلى
أنفسهن وقد عرفن بالفساد ، قلت : فالبغايا ، قال : المعروفات بالزنا ، قلت : فذوات
الأزواج : قال : المطلقات على غير السنة » وخبر محمد بن الفضيل (٣) « سألت
أبا الحسن (عليه السلام) عن المرأة الحسناء الفاجرة هل يجوز للرجل أن يتمتع منها يوماً
أو أكثر ؟ فقال : إذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع منها ولا ينكحها .

نعم يستحب منعها من الفجور لخبر زرارة (٤) عن أبي جعفر (عليه السلام) « سئل
عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فإذا الثناء عليها يثنى في الفجور ، فقال : لا بأس بأن
يتزوجها ويحصنها » وربما تأكد ذلك في الدائم ، لخبره الآخر (٥) قال : « سأل
عمار أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يتزوج الفاجرة متمعة ، قال : لا بأس وإن كان التزويج
الآخر فليحصن بابه » والمراد من حيث التزويج ، وإلا فلا ريب في وجوبه من باب
الأمر بالمعروف مع الشرائط .

كما لا ريب في أصل الجواز لما تقدم سابقاً الدالة صريحاً عليه وأنه ليس عليه
من إثمها شيء (٦) واختلاط الماء بعد أن قال الشارع : « الولد للفراش وللعاهر

(١) الوسائل الباب ٦- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ٨- من أبواب المتعة الحديث ٣- ٤ .

(٤) (٥) الوسائل الباب ١٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢- ٣ والثاني

مضمّن .

(٦) (٦) الوسائل الباب ١٢- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ .

الحجر » (١) غير قادح كما أوضحناه سابقاً ، فما عن الصدوق - من منع التمتع بها مطلقاً و ابن البراج إذا لم يمنعهما من الفجور لذلك و للنهي عنه في الآية (٢) والرواية (٣) - واضح الضعف بعد الاحاطة بما قدمناه هناك وهنا ، والله العالم .

﴿و﴾ كذا ﴿بكره أن يتمتع ببكر﴾ لها أب أو ﴿ليس لها أب﴾ لقول الصادق عليه السلام في خبر البخترى (٤) « في الرجل يتزوج البكر متعة : بكره للعيب على أهلها » و قول أبي الحسن عليه السلام في خبر المهلب الدلال (٥) : « لا يكون تزويج متعة ببكر ، المحمول على الكراهة جمعاً بينه و بين المعتبرة المستفيضة (٦) الدالة على الجواز بل في المرسل (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن التمتع بالأبكار فقال : هل جعل ذلك إلاّ لهن ؟ فليسترن به وليستغفن » .

و على كل حال ﴿فإن فعل فلا يقتضها﴾ للنهي عنه ، قال الصادق عليه السلام في خبر ابن أبي الهلال (٨) : « لا بأس أن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها كراهية العيب على أهلها » وفي مرسل ابن أبي حمزة (٩) عنه عليه السلام أيضاً « في البكر يتزوجها الرجل متعة ، قال : لا بأس ما لم يقتضها » ومرسل أبي سعيد القمط (١٠) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها فأفعل ذلك ، قال : نعم ، و اتق موضع الفرج ، قال : قلت : و إن رضيت بذلك ، قال : و إن رضيت ، فإنه عار على الأبكار » الى غير ذلك من النصوص الدالة عليه . ﴿و﴾ لكن

(١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المتعة والباب - ١٣ - من أبواب ما يحرم

بالمصاهرة .

(٤) (٧٥٤ و ٧٥٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعة الحديث ١٠ - ١١ - ٠ - ٢

والاول عن حفص بن البخترى .

(٥) (١٠٩ و ١١٠) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعة الحديث ١ - ٢ - ٧ والاول من

زياد بن أبي الحلّال .

(جواهر الكلام - ج ١٠)

﴿ ليس بمحرم ﴾ للأصل وظهور النصوص المزبورة بالكراهة، خصوصاً بعد احتمال بعضها على التمليل المعلوم أنها لها بقرينة وروده في أصل التمتع بالبكر، والله العالم .

﴿ فروع ﴾

﴿ ثلاثة ﴾

قد تقدم تفصيل الكلام فيها .

﴿ الأول : إذا أسلم المشرک وعنده كتابية بالمقد المنقطع كان عقدها ثابتاً ﴾ للأصل ومعارفته من جواز ابتدائه للمسلم فضلاً عن استدامته . ﴿ وكذا لو كن أكثر ﴾ من واحدة ، بل وأكثر من أربع ، لما تقدم من جواز ذلك في المنقطع . ﴿ ولو سبقت هي ﴾ في الاسلام ﴿ وقف على انقضاء العدة إن كان ﴾ قد ﴿ دخل بها ﴾ وإلاّ انفسخ عقدها ، لعدم العدة حينئذ لها ﴿ فان انقضت ﴾ العدة من ذات العدة المدخول بها ﴿ ولم يسلم بطل العقد ﴾ بل قد عرفت سابقاً أنه ينكشف بطلانه من أول ﴿ وإن لحق بها قبل ﴾ انقضاء ﴿ العدة فهو أحق بها مادام أجله باقياً ، ولو انقضى الأجل قبل إسلامه لم يكن له عليها سبيل ﴾ وإن كانت في العدة ، كما هو واضح .

﴿ الثاني : لو كانت غير كتابية فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ ﴾ أيضاً ﴿ على انقضاء العدة وبين منه بانقضاء الأجل أو خروج العدة ، فأيهما حصل قبل إسلامه انفسخ به النكاح ﴾ على نحو ما سمعته في الكتابية لما سمعته سابقاً من أنه وإن كان لا يجوز للمسلم التزوج بغير الكتابية لكن إذا أسلم عنها جرى عليها حكم الكتابية ، للفرق بين الابتداء والاستدامة ، كما تقدم الكلام فيه .

﴿ الثالث : لو أسلم وعنده حرّة وأمة ثبت عقد الحرّة ووقف عقدا لأمة على رضا الحرّة ﴾ وإن كان عقد الحرّة المتأخّر، لكن فيه البحث السابق، فلاحظ وتأمل كي يظهر لك جريان غير ذلك مما تقدم هناك في المقام ، والله العالم .

﴿ وأما المهر فهو شرط في عقد المنة خاصة ويبطل بفوائده العقد ﴾ بالاخلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة بعد قول الصادق عليه السلام في صحيح زرارة (١) : « لا تكون منة إلا بأمرين : بأجل مسمى وأجر مسمى ، بل يومي » اليه قوله عليه السلام أيضاً في خبر آخر (٢) : « إنهن مستأجرات » كقول الباقر عليه السلام (٣) : « إنما هي مستأجرة » بل منه يعلم الوجه في الفرق بين الدائم الذي يراد منه النسل ونحوه وبين المنة المراد منها الانتفاع والاستمتاع ونحو ذلك مما هو شبه الاجارة ، ولذا كان المهر فيها كالعوض في الاجارة شرطاً في الصحة .

﴿ ويشترط فيه ﴾ حيث يكون عيناً ﴿ أن يكون مملوكاً ﴾ للمتمتع ، فلو كان غير مملوك كالخمر والخنزير أو لغير العاقد لم يصح ، لامتناع أن يملك البضع بمال غيره وإن رضي المالك بعد ذلك ، بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاديات ، فإن الاجارة تؤثر في نقله الى ملك المالك ، وهنا لا يتصور ذلك ، لمعلومية اعتبار تعيين الزوج والزوجة في النكاح ، بخلاف البيع والاجارة وغيرهما مما لا يعتبر فيه ، بل لو اتفق قصد المؤجر خصوص المستأجر كان لاغياً ، فيقع للموكل مثلاً وإن لم يقصده المؤجر ، ومن هنا كان البائع والمشتري مثلاً تابعاً لملك المال بخلاف النكاح ، بل لا يبعد البطلان أيضاً فيما لو أباح له جميع التصرفات في المال فتمتع به المباح له ، لعدم دخوله في ملكه بهذه الاباحة ، اللهم إلا أن يكون قصد به التملك قبل سيرورته مهراً ، وقلنا بتأثير هذا القصد في التملك ، وليس جعله مهراً في المنة قصداً لتملكه واحتمال أن يكون مثل « أعق عبدك عني »

(١) الوسائل الباب ١٧- من أبواب المنة الحديث ١ .

(٢) (٣٥٢) الوسائل الباب ٤- من أبواب المنة الحديث ٢-٣ .

يدفعه عدم الدليل على الصحة هنا حتى يلزم تقدير الملك جمعاً بينه وبين القواعد ، بل مقتضى معاملة المهر هنا معاملة العوض في الاجارة عدم جواز كونه في ذمة شخص ولو برضاه ، لعدم جواز مثله في البيع والاجارة على وجه يكون المعوض ملكاً لغير من في ذمته العوض ، كما لا يجوز كونه عيناً مملوكة لشخص آخر ولو بعد سبق رضاه ، كل ذلك بناءً على كون المتعة بالنسبة الى ذلك كغيرها من المعاديات .

نعم قد يناقش في أصل اعتبار الملكية للعوض فيها على هذا الوجه ، لعدم الدليل ، بل مقتضى إطلاق أدلة المقام خلافه ، إنما المعتبر كونه من الأعيان المملوكة بمعنى عدم كونه مما لا يملك ، كالخمر والخنزير ونحوهما .

و على كل حال فقد عرفت أن المراد من هذا الشرط حيث يكون المهر من الأعيان لا مطلقاً ضرورة صحة كونه منفعة وعملاً بل حقاً من الحقوق المالية ، كحق التحجير ونحوه لا إطلاق الأدلة .

﴿و﴾ كذا يشترط فيه أن يكون ﴿معلوماً﴾ بما يتحقق به صدق ذلك عليه ﴿إما بالكيل﴾ للمكيل ﴿أو الوزن﴾ للموزون أو المد للمعدود ﴿أو المشاهدة أو الوصف﴾ الذي يتحقق به ما عرفت أو نحو ذلك مما يتحقق به ما عرفت بلمس أو ذوق أو غيرهما لا إطلاق الأدلة والتصريح بالاكتفاء بنحو الكف من البر أو السويق أو نحو ذلك مما يعلم منه عدم اعتبار المعلوماتية المعتبرة في البيع مثلاً الذي قد نهي فيه عن الفرر (١) بخلاف المقام الذي لم نعر فيه على دليل كذلك ، واعتبار التسمية في المهر والعلم أعم من ذلك ، فمن هنا قلنا : يكفي فيه تحقق صدق كونه معلوماً بمشاهدة ونحوها .

﴿و يتقدر بالمرضاة قل أو أكثر، ولو كان كفاً من بر﴾ ونحوه مما هو صالح لأن يكون عوضاً ، لا إطلاق الأدلة ، بل صراحتها في ذلك ، وإن كان المذكور فيها بعد «إن» الوصلية والكف من بر ، ونحوه لكن لا على أن المراد منه عدم أجزاء الأقل ، بل المراد ذلك ونحوه مما يقع التراضي عليه مما هو صالح للموضوعة ،

فما عن الصدوق من تحديد القلة بدرهم لقول الباقر عليه السلام في خبر أبي بصير (١) : «يجزى الدرهم فما فوقه» الذي هو مع الضعف في سنده والمعارضة بغيره لا يدل على التحديد بعد ما عرفت من إرادة ما سمعت من نحو هذا اللفظ هنا المعلوم بقرائن المقام إرادة الاجتزاء بكل ما يقع عليه التراضي مما هو صالح للتعاوض وإن ذكر القدر المزبور بناءً على تعارف عدم الأقل منه ، نحو قول الصادق عليه السلام للأحول (٢) وقد سأله عن أدنى ما يتزوج به الرجل متعة : «كف من بر» ولا أبي بصير (٣) وقد سأله عليه السلام عنه أيضاً : «كف من طعام دقيق أو سويق أو تمر» مع أنه أقرب إلى إيهام التحديد من خبر الصدوق ، إلا أن المتعجبه بعد ملاحظة النصوص التي قد رتبه بما يقع عليه التراضي إرادة ما ذكرناه من ذلك ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿يلزم دفعه﴾ أي المهر ﴿بالعقد﴾ المقتضى لملكيته ولكونه كالمهر المستحق دفعه عقبيه وإن كان استقراره هنا مراعى بالدخول والوفاء بالتمكين في المدة و لظاهر قوله تعالى (٤) : «فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن» الذي قد استفاضت النصوص (٥) في ورودها في المتعة وأنه في قراءة أبي وغيره ، «إلى أجل» ولخبر عمر بن حنظلة (٦) قال للصادق عليه السلام : «أتزوج المرأة شهراً فتريد مني المهر كاملاً فأخوف أن تخلفني» فقال : لا يجوز أن تحبس ما قدرت عليه ، فإن هي أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك ، على ما عن أكثر النسخ ، وعن بعضها «يجوز أن تحبس» لكن لا يوافق ظاهر قوله عليه السلام «فخذ منها» بل قد يشعر به أيضاً مكاتبة الريان (٧) إلى أبي الحسن عليه السلام قال : «كتبت إليه : الرجل

(١) و٢١ و٣٠ الوسائل الباب ٢١- من أبواب المتعة الحديث ١-٢-٥ .

(٢) سورة النساء : ٤- الآية ٢٢ .

(٣) الوسائل الباب ١- من أبواب المتعة .

(٤) الوسائل الباب ٢٧- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب ٢٨- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

يتزوج المرأة متعة بمهر إلى أجل معلوم و أعطاه بعض مهرها وأخرته بالباقي ثم دخل بها ، وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفيه باقي مهرها أنها زوجته نفسها ولها زوج مقيم معها ، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب : لا يعطيها شيئاً ، لأنها عصت الله ، فان ظاهر نسبة التأخير إليها مشعر باستحقاقها الأخذ منه قبل المدة ، بل قد يشعر به غيره (١) أيضاً من الأخبار ، ولعله لذا كان المحكي عن المفيد والمرضى والقاضى التصريح بذلك، بل لعله الظاهر من المصنف والفاضل وغيرهما على معنى إرادة المصاحبة من الباء أو السببية الثامة في الدفع ، لأن المراد كون العقد سبباً في الوجوب في الجملة على وجه لا ينافي اشتراطه بأمر آخر ، وذلك لأن المهر أحد العوضين الذى لا يجب تسليمه على أحدهما قبل أن يتسلم العوض الآخر ، فمع التعاسر يتقابضان معاً ، بل قد سمعت في كتاب الاجارة عدم وجوب تسليم العوض قبل تسلم العمل ، و خبر عمر بن حنظلة معارض بما سمعته من بعض نسغته ، و من هنا جزم جماعة بعدم وجوب دفع تمام المهر .

لكن فيه (أو لا) أن المتجه على تقدير إلحاق ما هنا بالاجارة التفصيل بين الأمة والحرّة ، فيجب دفع المهر بتسليم الأولى بخلاف الثانية على قياس استئجار العين المملوكة و استئجار الحرّ أللهم إلا أن يفرق بين الدابة والأمة باعتبار استقلال المستأجر في الأولى في الاستيفاء بخلاف الثانية التي يمكن أن تتمتع عليه في الاستيفاء ، (وثانياً) أنه ينبغي توزيع المهر على تمام المدة ، ولا أظنه يلتزمونه ، (وثالثاً) أنه يمكن منع كون المقام من ذلك ، بل هو أشبه شيء بالمهر الذى يستقر بالدخول ، لما سمعته من الآية (٢) والرواية (٣) (بل في جامع المقاصد الاجماع عليه خ ل) نعم هو باعتبار ضرب المدة فيه لا يستقر ملكها له حتى تمضى المدة ممكنة كما سيأتى ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب -٢٧ و ٢٨- من أبواب المتعة .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٢ .

(٣) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب المتعة الحديث ١ .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لمو وهبها المدة﴾ أوتصدق بها عليها وجعلها في حل^١ منها كما عسر بذلك عنه في النصوص المعلوم إرادة ما يشبه الإبراء من ذلك فانه في الحقيقة إسقاط ما يستحقه عليها ، فلا يحتاج إلى قبول ولا إلى قابلية المتمتع بها لذلك ، فيصح له الهبة المزبورة للصغيرة والمجنونة والأمة وغيرها ، والشك في ذلك من بعضهم بأنه يتجدد شيئاً فشيئاً فلا يتعلق به الإبراء قبل حصوله اجتهاد في مقابلة النصوص ، على أنه في الحقيقة إسقاط للاستحقاق المتحقق فعلاً وإن تأخر المستحق ، فهو كإبراء الأجير مما يستحق عليه في الزمان المتأخر .

وعلى كل حال فإذا جعلها في حل^٢ من ذلك ﴿قبل الدخول لزمه النصف﴾ من المهر وفاقاً للمشهور ، بل في جامع المقاصد إجماع الأصحاب عليه ، وفي كشف اللثام هو مقطوع به في كلام الأصحاب ، وحكى عليه الاجماع في السرائر ، وبه مقطوع زرعة عن سماعة (١) « سألته عن رجل تزوج جارية أومتع بها ثم جعلته في حل^٣ من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ، قال : نعم إذا جعلته في حل^٤ فقد قبضته منه ، فان خلاها قبل أن يدخل بها رد المرأة على الزوج نصف الصداق » ولما كان ضعف الخبر المزبور وإمكان إرادة خصوص الطلاق من التخلية فيه شكك بعض الناس في الحكم ، باعتبار أن العقد قد أوجب الجميع وحرمة القياس على الطلاق ، إلا أن يقال : إنه بمنزلة الأجرة ، ولا أجرة إذا وهبت المنفعة للمؤجر ، كما في كشف اللثام ، وفيه إمكان منع كون الحكم كذلك أيضاً في المشبه به نعم أصل الشك في الحكم المزبور في غير محله بعد ما عرفت من الاجماع المعاضد للخبر المزبور الذي لا يقدح قطعه في الحجية عندنا بعد ما ذكرناه غير مرة من الظن القوي بكون المراد أن مرجع الضمير الامام عليه السلام .

ثم الخبر وكلام الأصحاب يشمل هبة جميع المدة وبعضها كما صرح به غير واحد ، بل الظاهر هبة البعض ، لأنه لا يمكن هبة الجميع في المدة المتصلة ، نعم في كشف اللثام « إن أقر بعضها كأن يهبها عقيب العقد على شهرين شهراً دون آخر

اتجه العدم ، لخروجه عن النص من الخبر وكلام الأصحاب « وفيه أنه - بعد أن علم من الأدلة قابلية هذا الحق للاسقاط والابراء ، وأنه مقتضى المحكمة بعد أن لم يقع بها طلاق ، وربما أراد الفراق فلو لم يصح ذلك لم يقع الفراق - لم يكن فرق بين هبة الكل والبعض ، ولو على الوجه الذى ذكره ، خصوصاً إذا كان الموهوب المتأخر من الزمان ، وعدم تعرض النصوص لهذا بالخصوص لا يقتضى العدم بعد أن عبرت عن ذلك بالهبة والصدقة والاحلال وغيرها مما لا يتفاوت فيه بين الجميع .

ومن هنا يتم ما فرعه في المسالك قال : « و اعلم أن الظاهر من هبة المدّة قبل الدخول هبة جميع ما بقى منها عند الهبة ، وذلك هو المقتضى لسقوط نصف المهر إذا وقع قبل الدخول ، وهل المقتضى له هو مجموع الأمرين أو حصول الفرقة قبل الدخول ؟ وجهان ، من ظهور اعتبار الدخول وعدمه في ذلك كالطلاق ، ومن الوقوف على موضع اليقين فيما خالف الأصل ، وتظهر الفائدة فيما لو وهبها بعض المدّة كنصفها مثلاً وقد بقى منها أكثر من النصف ، ولم يتفق فيها دخول حتى انقضى ما بقى منها بتغير هبة ، فعلى الأول يثبت لها المجموع ، وعلى الثاني النصف ، وإطلاق الرواية يدل على الثاني لو كانت معتبرة في الدلالة « قلت : قد عرفت اعتبارها فالمتجه حينئذ أن الملوجب للتنصيف كونه فرقة قبل الدخول ، وإلا فهبة المدّة بمنزلة استيفائها له في الحقيقة نحو هبتها المهر إياه ، ولا ينافي ذلك كونها ممكنة له ، ولا تقصير منها ، إذ هو كالاتجاه في مقابلة النص والاجماع الذى سمعته الشامل معقده لهبة ما بقى من المدّة ولو اليسير ، وإن كانت هي في السابق ممكنة له لم يكن منها تقصير ولا إخلال ، ومن ذلك يعلم أن لها النصف بطريق أولى فيما إذا كان المانع من الدخول بها حيض أو شبهه حتى مضت المدّة .

﴿و﴾ كيف كان ﴿ولو دخل استقر المهر بشرط الوفاء بالمدّة﴾ أى تمكينها من نفسها في تمام مدته إلا أن يهبها هو ، فانه يجب عليه دفع الجميع الذى قد استحق بالعقد واستقر بالدخول مع عدم حصول إخلال منها بما بقى له من مدته ، لكن في جامع المقاصد « لو دخل ثم وهبها الجميع أو البعض ففى سقوط شيء من المهر باعتبار ما ظهر من المدّة نظر ولم أقف للأصحاب على كلام في ذلك ، ﴿و﴾ فيه أنه

لأريب في ثبوت الجميع بذلك لما عرفت .

نعم ﴿ لو أخلت هي ببعضها كان له أن يضع من المهر بنسبتها ﴾ * إن نصفاً فنصف وإن ثلثاً فثلث بلاخلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال ، لكونها كالمستأجرة وللمعتبرة المستفيضة التي منها خبر ابن حنظلة (١) السابق وخبره الآخر (٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « تزوج المرأة شهراً بشيء مسمى فتأني بعض الشهر ولا تنفي ببعض ، قال : يحبس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك إلا أيام حيضها ، فإنها لها » ونحوه خبره الثالث (٣) عنه عليه السلام أيضاً ، وخبر إسحاق بن عمار (٤) قلت لأبي الحسن عليه السلام : « الرجل يتزوج المرأة متعة بشرط أن تأتبه كل يوم حتى توفيته شرطه أو يشترط أياماً معلومة تأتبه فيها فتقدر به فلا تأتبه على ما شرط عليها ، قال : نعم ينظر ما قطعت من الشرط ، فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيام الطمث ، فإنها لها ، فلا يكون عليها إلا ما حل له فرجها » وظاهر الأخير بل وغيره عدم التوزيع على ما يفوت عليه من الاستمتاع غير الوطء ، ولعله كذلك .

فما عن التحرير من الاشكال فيه من ذلك ومن نقصان الاستمتاع في غير محله ، كما أنه قد يوهى استثناء أيام الحيض فيه وفي غيره إلى استثناء غيره من الاعذار كالمرض ونحوه مما لا يعد حبساً منها وإخلالاً ، لكن في المسالك وفيه وجهان ، من المشاركة في المعنى وكون ذلك على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مودعه ، وفي القواعد ولومع العذر عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك أي لا ينقص من مهرها شيء على إشكال ، ولعله من انتفاء الاستيفاء رأساً وهو أحد المعوضين ، فانتفى الآخر كسائر المعاوضات ، والفرق بينه وبين الحيض بأنه عادي ، فأيامه في حكم المستثناءة في العقد بخلاف غيره ، ومن أنها مسلمة لنفسها ، وإنما عرض المانع من خارج وقد ثبت المهر بالعقد ، ولا يعلم سقوطه بمثل ذلك مع جواز التمتع بهن لا يمكنه الاستمتاع بها ابتداء - ثم قال - : وكذا الاشكال لومع هو أوهي بظالم كل المدة ، وبالجمله لومع العذر من بعض الاستمتاع كل المدة أذ بعضها أومن

الجميع في كلها أوبعضها فاشكال عنده من احتمال توزيع المهر على المدّة و وجوه الاستمتاع جميعاً أو بالتفريق والعدم ، وفي كشف اللثام د و يقوى السقوط بالنسبة مع امتناعها اختياراً عن الاستمتاع رأساً ، لضرورة ملجأة لها لحفظ مال أو عرض أو نفس ، لصدق أنها لم تف له بالمدّة ، وعدم السقوط إن استوعب الحيض المدّة ، وأما نحو الأكل والشرب الضرورين والتنظيف والتهيوء للزوج فالظاهر استثنائها أيضاً ، لقضاء العادة بها ، فيدخل استثنائها في مفهوم العقد ، وكأنه تبع بذلك أحد احتمالي المحقق الثاني في جامعه .

ولكن التحقيق ما عرفته من أن العوض هنا مهر يجرى عليه حكمه ، وهو وجوبه بالعقد ، إذ هو نكاح بالنسبة الى ذلك وإن كان زمانه منقطعاً ، نعم قد عومل معاملة الأجرة فيما إذا أخلفت في بعض المدّة ، للأدلة الخاصة ، فيبقى غيره على مقتضى وجوبه ، بل الظاهر ملاحظة الاخلال بحصول التمكين من الوطء في التوزيع دون غيره من الاستمتاع ، كما عساه يومئذ اليه قوله عليه السلام : « فلا يكون عليها إلا ما حل من فرجها » كإيماء قوله عليه السلام : « تحبس » و « قطعت » و نحو ذلك إلى الاخلال لا لمعذر شرعى يوجب عليها عدم المجيء ولو حفظ نفس أو عرض ، وبالجمله فالأصل يقتضى وجوب المهر بالعقد خرج الاخلال منها بالمدّة لا لمعذر ، فيبقى غيره .

و بذلك يتجه وجوب المهر عليه أجمع بموتها كما جزم ثانی الشهيدین نعم في القواعد د الأقرب أن الموت هنا كالدائم ، أي كالموت فيه يثبت المهر وإن مات أومات لثبوته بالعقد ، والموت لا يصلح لاسقاطه إلا بدليل وليس ، والفرق بينه وبين ما إذا منعت من الاستمتاع بيتن ، و لعل قوله ، د الأقرب ، لاحتمال السقوط بالنسبة بناء على أنه في مقابلة الاستمتاع موزع عليه وعلى المدّة ، فيسقط كلاً أوبعضاً بامتناعه كلاً أوبعضاً كما لو استاجر دابة فماتت ، وإن كان هو واضح الضعف كما اعترف به في جامع المقاصد ، لما عرفته من الأصل السابق ، بل الظاهر أنه بموته أوماتها المخرج لهما عن قابلية الانتفاع تكون كاتهاء المدّة .

و منه يعلم قوة افساخ عقد المتعة بينهما بذلك ، لا أنه باقٍ إلى أجله ، ولا أنه ينقلب دائماً و لعله هو الوجه في استفاضة النصوص (١) بعدم التوارث بينهما بالموت ، لأن به يفسخ هذا العقد بينهما ، فلا زوجية ، خصوصاً المتضمنة (٢) منها أنها لا تطلق وليست إحدى الأربع ولا ترث وإنما هن مستأجرات ، فانه كالصريح في ذلك ، كما ستسمع إنشاء الله مزيد تحقيق له في محله .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو﴾ تبين فساد العقد إما بأن ظهر لها زوج أو كانت أخت زوجها أو أمها ﴿و﴾ ولو من الرضاة ﴿و﴾ أو ما شا كل ذلك من موجبات الفسخ ﴿و﴾ للعقد ﴿و﴾ ولم يكن دخل بها ﴿و﴾ وإن استمتع بها بتقبيل و نحوه ﴿و﴾ فلا مهر لها ﴿و﴾ قطعاً لا المسمى ﴿و﴾ لا غيره ، بل ﴿لو﴾ كان قد ﴿قبضته﴾ كان له استعادته ﴿و﴾ ضرورة بقاءه على ملكه ، بل الظاهر أن له المطالبة بمثله أو قيمته مع تلفه .

﴿و﴾ أما ﴿لو﴾ تبين ذلك بعد الدخول ﴿و﴾ بها ففي محكي المغنعة والنهاية والمهذب والمهذب ﴿و﴾ كان لها ما أخذت ، وليس عليه تسليم ما بقي ﴿و﴾ من غير فرق بين العالمة والجاهلة ، ولعله لحسن حفص (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام : « إذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً فما أخذته فلها بما استحل من فرجها ، و يحبس عنها ما بقي عنده » ، بل قد يقال إن مرادهم لها ما أخذت ولو جميع المهر ، وله حبس ما عنده ولو الجميع حينئذ ، لكنه هو كما ترى قول غريب منافٍ لمادل (٤) من عدم المهر للبقي ، ولعدم

(١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب مقدمات النكاح والباب - ٤ - من أبواب المتعة الحديث ٤ و ٥ والباب - ١٨ - والباب - ٢٣ - منها الحديث ٥ والباب - ٣٢ - منها الحديث ٣ و ٦ و ٧ و ٨ و ١٠ والباب - ١٧ - من أبواب ميراث الأزواج من كتاب المواريث .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المتعة الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٤) سنن البيهقي ج ٦ س ٦ والفاظ الحديث مختلفة : « نهى النبي صلى الله عليه وآله عن مهر البني ، و لا يحل ولا مهر البني ، و نحو ذلك مثل « سحت ، و « خبيث » .

خلو البضع عن المهر مع عدم الزنا ، بل ولقاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » بل ولمكاتبة ابن ريان (١) إلى أبي الحسن عليه السلام « الرجل يتزوج المرأة متعة بمهر إلى أجل معلوم وأعطاه بعض مهرها وأخترته بالباقي ، ثم دخل بها ، وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفيه باقي مهرها أنها زوجته نفسها ولها زوج مقيم ، يجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز ؟ فكتب : لا يعطيها شيئاً ، لأنها عصت الله ، بناءً على ظهوره ولو للتعليل في عدم دفع شيء لها مع فرض علمها و في استرجاع ما أخذته منه منها إلا أن السائل لما سأل عن حبس ما بقي مشعراً بالاعراض عما دفعه إليها كان الجواب بما سمعت ، لا أن المراد عدم جواز استرجاع شيء مما دفعه إليها مع فرض كونها زانية ، فانه منافٍ لما سمعت ، خصوصاً مع بقاء العين التي لم يحصل سبب شرعي لخروجها عن ملك مالكها ، ضرورة تبين بطلان السبب المخصوص ، فلا أثر له وإن حصل بزعم التأثير كما هو واضح ، إذ هو كثيره من المقامات ، فيجب حمل الخبر المزبور بعد تسليم حجتيه على صورة الجهل ، وكون المدفوع إليها مساوياً لمهر المثل أو رضاها به أو نحو ذلك ، بل ربما حمل كلام الشيعين على ذلك أيضاً .

ومن هنا كان ظاهر المصنف الإعراض عنه حيث قال : ﴿ ولو قيل : لها المهر إن كانت جاهلة و يستعاد ما أخذت إن كانت عالمة كان حسناً ﴾ لكون الوطء شبهة في الأول ، فتستحق المهر بها وزناً في الثاني ولا مهر لبغي ، بل الظاهر أن له ذلك حتى لو أتلفته ، ضرورة ضمانه عليها ، وعدم المطالبة به في البيع الفاسد إن قلنا به ، فلدليل خاص ، والتسليط منه إنما كان بزعم الصحة ، بل لا يبعد ذلك حتى مع علمه بالفساد باعتبار أن دفعه له بعنوان كونه المسمى في العقد ، فكأنه اشترط في إباحته صحة العقد على وجه لا ينافي لعلمه بالفساد الذي أقصاه حينئذ علمه بعدم حصول شرط الإباحة .

(١) الوسائل الباب ٢٨- من أبواب المتعة الحديث ٢ وهي مكاتبة ريان بن شبيب

كما في الكافي ج ٥ ص ٢٦٢ .

نعم يبقى الكلام في المهر الذي يجب دفعه في الصورة الأولى ، فربما قيل : إنه المسمى ، بل ربما قيل : يلاحظ فيه التوزيع على المدة ، ولكن فيه أنه بعد ظهور الفساد لا يقتضي لوجوبه كي يدفعه كلاً أو موزعاً حتى لو فرض أقليته من مهر المثل ، ضرورة أن رضاها به إما كان لزعم الصحة الذي قد بان خطؤه ، ومن ذلك يظهر لك ما في احتمال وجوب أقل الأمرين من مهر المثل والمسمى ، نعم يتجه وجوب مهر المثل لها كما في غيره من أفراد وطء الشبهة .

إما الكلام في أنه مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المدة التي سلمت نفسها فيها متعة ، أو مهر المثل للنكاح الدائم ، لأن ذلك هو قيمة البضع عند وطء الشبهة من غير اعتبار لعقد الدوام والانقطاع ؟ وجهان قويان من حيث إقدامها على ما هو شبه الاجارة ، فمع فرض فساده لها أجرة المثل بالنسبة الى تلك المدة التي أقدمت عليها ، ومن تبين الفساد والشارع قد جعل مهر المثل للبضع باستيفاء منفعته ولو مرة ، ولعل ثانيهما أقواهما ، والله العالم .

﴿ وأما الأجل فهو شرط في عقد المتعة ﴾ إجماعاً بقسميه و نصواً (١) ﴿ ولذا ﴾ ﴿ لولم يذكره ﴾ فيه لفظاً ولا قصداً لم يكن عقد متعة و ﴿ انعقد دائماً ﴾ في المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل لعله مجمع عليه مما عرفته سابقاً من صلاحية اللفظ حتى لفظ المتعة لهما ، وإنما يتمحض المتعة بذكر الأجل ، فإذا أهمل في اللفظ والنفس تعين للدوام ، ولأصالة الصحة في العقد ، و لقول الصادق (عليه السلام) في موثق ابن بكير (٢) : « إن سمي الأجل فهو متعة ، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح ثابت » ، ولأن أبان بن تغلب (٣) قال له (عليه السلام) لما علمه كيفية عقد المتعة : « إني أستحيي أن أذكر شرط الأيام فقال : هو أضر عليك ، قلت : و كيف ؟ قال : إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام ، ولزمتك النفقة والعدة ، وكانت وارثاً ولم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق

(١) الوسائل الباب - ١٧ و ١٨ و ٢٠ و ٢٥ - من أبواب المتعة .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعة الحديث ١ - ٢ ، في الاول د فهو نكاح

السنة .

بل في ظاهر المسالك وكشف اللثام وغيرهما أن المشهور انعقاده دائماً بمجرد عدم ذكر الأجل في اللفظ وإن كان مقصوداً له لما عرفت ، لكنهما أشكلاه بضعف الخبرين وعدم صراحتهما في ذلك ، بل في الأول منهما عدم دلالة الأول منهما ، إنما دل على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل ، وهو كذلك لا على أن من قصد المتعة ولم يذكر الأجل يكون دائماً ، وصلاحيه اللفظ لا تجدي إذا خالفه القصد ، ضرورة كون المعتبر اتفاقهما على معنى واحد ، وهو غير حاصل هنا ، لأن المقصود هو المتعة والمطابق للفظ هو الدائم ، وذلك يقتضى البطلان لفوات شرط المقصود وعدم قصد الملفوظ . ومن هنا قال في المسالك : القول بالبطلان مطلقاً أقوى ، وربما يؤيده مضمرة سماعة (١) « سألته عن رجل أدخل جارية يتمتع بها ، ثم إنه نسي أن يشترط حتى واقعها يجب عليه حد الزاني ، قال : لا ولكن يتمتع بها بعد النكاح ، ويستغفر الله مما أتى » بناءً على إرادة نسيان الأجل من الاشتراط فيه .

و فيه منع الضعف في السند أولاً لكون الأول من قسم الموثق والالجبارة بالشهرة ثانياً ، وعدم الصراحة لا ينافي الظهور الكافي في الاستدلال ، خصوصاً بعد الاعتقاد بخبر هشام بن سالم (٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « أتزوج المرأة متعة مرة مبهمة ، قال فقال : ذاك أشد عليك ترثها و ترثك ، ولا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين ، قلت : أسألك الله فكيف أتزوجها ؟ قال ، أياماً معدودة بشيء مسمى » إلى آخره فإنه كالصريح في كون المراد المتعة ، وبأن اعتبار الأجل في المتعة على جهة الشرطية الخارجة عن معنى النكاح ، فمع فرض عدم الذكر لا يؤثر بناءً على أن المقدر لا يجري عليه حكم المذكور ، بل هو حينئذ كعدم وجوده ، فلا يؤثر بطلاناً للمقد لو كان باطلاً مثلاً ، فقصد النكاحية حينئذ بحاله ، نعم لو قلنا : المعتبر في الدائم قصد الدوام انجبه حينئذ الفساد ، ضرورة عدم قصد ذلك

(١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعة الحديث ٣ .

في الغرض ، لكنه واضح المنع ، و مضمرة سماعة بعد الغرض عما في سنده و قطعه يمكن
إرادة أصل العقد من الاشتراط فيه أو الممتعة من لفظ الإيجاب على الوجه الذي
ستعرفه .

و من ذلك يعلم ما في المسالك حيث إنه بعد نقل القولين المزبورين والتفصيل
عن ابن إدريس بأنه إن كان الإيجاب بلفظ التزويج والنكاح انقلب دائماً و إن
كان بلفظ التمتع بطل العقد ، لأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث
فإنه مختص بالمتعة ، فإذا فات شرطها بطل قال : « وفيه أن بطلان عقد المتعة كما
حصل بفوات شرطه وهو الأجل فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه ، وهو القصد إليه ،
فإنه الركن الأعظم في صحة العقود » إذ هو كما ترى صريح في اعتبار قصد الدوام
في صحة الدائم ، لكن قد عرفت ما فيه من أن الدوام إن حصل فيما قصد به النكاحية
فمن حيث ثبوت النكاح بذلك و احتياج رفعه إلى رافع شرعي ، نحو حصول الدوام
فيما قصد به الملك من غير ملاحظة ذلك فيه ، لا أنه حاصل من حيث ملاحظة الدوام
قيداً فيه على حسب ملاحظة الأجل في المنقطع .

فتلخص من ذلك أن الانقطاع الحاصل في المؤجل الذي شرعه الشارع من
حيث اشتراط الأجل فيه ، فمع فرض عدم ذكره يكون كالعقد الفاقد للشرط ،
لا أن لفظ « انكحت » مستعمل في المنقطع على وجه يكون ذكر الأجل كاشفاً
عن المراد بها ، بل هي ليست إلا مستعملة في معنى النكاحية ، والانقطاع إذا أريد
استعمل فيه ما يدل عليه من ذكر الأجل ، فمع حينهذ دالان ومدلولان ، و مع
عدمه يبقى الأول على معناه ، و يحصل الدوام فيه من مجرد ثبوت النكاحية فيه
وحينهذ فكلام المشهور والروايات مبنية على ذلك ، ولا ينافيها شيء مما ذكره من
تبعية العقود للقصور ولا غيره ، فتأمل جيداً ، فإنه دقيق رشيق ، وكأن ما ذكره
ابن إدريس مبني على دعوى دخول الانقطاع في مفهوم لفظ « متعتك » وقد تقدم
سابقاً ما يبطله فلا فرق حينئذ بين الصيغ الثلاثة كما هو مقتضى النصوص التي في بعضها (١)

(١) المستدرك الباب -١٢- من أبواب المتعة الحديث ٢ والبحار ج ١٠٣ ص ٣٠٤

خصوص هذا اللفظ .

بل من ذلك يعلم فساد القول الرابع في المسألة ، وهو الفرق بين تعمد ترك الأجل وبين الجهل به ونسيانه ، فإن كان الأول انعقد دائماً وإلا بطل بدعوى ظهور تعمد الترك في إرادة الدوام ، بخلاف الآخرين ، ضرورة أن ذلك بعد الإغضاء عما فيه من وجوه خارج عما نحن فيه فيما (مما خ ل) علم فيه إرادة المتعة ، ولكن لم يذكر الأجل ولو نسياناً أو حياءً أو نحو ذلك .

كما أنه من الإحاطة مما ذكرناه يعلم ما في كلام جماعة من الأساطين الذين شدوا النكير على الأصحاب في صيرورة العقد دائماً بعدم ذكر الأجل الذي قد عرفت وجهه .

نعم لا يبعد البطلان مع فرض قصد العاقد الانقطاع من نفس الصيغة وأن الأجل إنما يذكره كاشفاً لما أراده من اللفظ ، ضرورة عدم قصد المطلق من النكاح حينئذ فلا مقتضى لصيرورته دائماً ، كما لا وجه لصيرورته منقطعاً ، لعدم ذكر الأجل فيه ، وقد عرفت أنه شرط في صحته ، ويمكن حمل مضمّن سماعة السابق على ذلك ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان في تقدير الأجل إليهما طالع أو قصر كالسنة والشهر واليوم ﴿لا طلاق الأدلة الغالية عن تحديده قلة وكثرة ، بل صريح غير واحد منها التعليق على ما شاء من الأجل وتراضيا عليه مؤيداً ذلك باطلاق الفتاوى على وجه يمكن دعوى الإجماع عليه ، وما عن ظاهر الوسيلة من تقدير الأقل بما بين طلوع الشمس والزوال محمول على المثال ، وإلا كان محجوجاً بما عرفت .

نعم قد يناقش بما في المسالك (١) وكشف اللثام وغيرهما من جواز جمعه إلى وقت طويل يعلم عدم بقائهما إليه ، للاطلاق المزبور ، وعدم مانعية الموت إن لم يكن إجماعاً بأن المنساق من النصوص الواردة في المشروعية وفي اعتبار الأجل فيها غير ذلك ، خصوصاً بعد عدم جواز مثله في الإجارة المشبه بها المتعة ، ضرورة عدم القابلية

(١) هكذا في النسخة الأصلية والصحيح « ما في المسالك ... »

حينئذ للاستمتاع ، فلا وجه لإنشاء تملكه و تملكه بالمعوض ، بل هو حينئذ شبه
المعاملة السفهية ، بل لا ريب في عدم مراعاة مثله في التوزيع ، لعدم تحقق حبس
المنفعة فيه المقتضى للتوزيع الذى قد عرفته .

وكذا ما فيهما أيضاً من جواز قلته إلى حد اللحظة المضبوطة ونحوها مما
لا تسع للجماع ونحوه ، للإطلاق المزبور ، وعدم انحصار فائدة النكاح في الجماع
وإن كان هو معظم المقصود منه ، بل من فوائده تحريم المضاهرة ونحوها .

ومنه يعلم جواز العقد متعة على الصغيرة التى لا يجوز وطؤها ، وللصغير الذى
لا قابلية له للوطء بنحو ما سمعت من الشك في تناول الأدلة لمثل ذلك مما لا يسع
تحقق ماهية الاستمتاع ، والعقد للصغير وعلى الصغيرة بعد فرض الأجل القابل
لتحقق الاستمتاع كافٍ في الصحة وإن لم يكونا قابلين لوقوع ذلك ، ضرورة عدم
اعتبارها بصغر أو مرض أو غيرهما فضلاً عن عدم وقوعها ، إنما المراد اعتبار زمان
يسع لتحقيق ماهية الاستمتاع ، ولا ريب في أن الأحوط عدم الاكتفاء في جريان
أحكام المضاهرة ونحوها بمثل هذا العقد ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لا بد أن يكون معيناً محروساً من الزيادة والنقصان﴾
فلا يجوز أن يكون كلياً ، كشهر من الشهور ويوم من الأيام وسنة من السنين ، ولا
غير محروس من الزيادة والنقصان ، كقدوم الحاج وإدراك الثمرة ونحوهما مما
يمكن فيه طول الزمان وقصره المؤدى إلى الجهالة عند المتعاقدين بلا خلاف أجده
فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى التصريح في النصوص (١) المعتبرة باعتبار
المعلومية والتسمية ، بل قد يدعى اعتبار معلومية الأجل في كل مقام يذكر فيه
فضلاً عن أن يكون شرطاً وإن كان في العقود التى لا تفدح فيها الجهالة كالصلح
ونحوه ، كما لا يخفى على من تتبع كلماتهم في سائر المقامات ، وإلى خبر بكار بن

(١) الوسائل الباب ١٧-١٨-١٩-٢٠-٢١-٢٢ من أبواب المتعة .

كر دم (١) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : «الرجل يلقي المرأة فيقول لها : زدجيني نفسك شهراً ولا يسمي الشهر بعينه ، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين ، قال : فقال : له شهره إن كان سماء ، وإن لم يكن سماء فلا سبيل له عليها ، بل في مضمر زراة (٢) أيضاً عدم جوازه بالساعة والساعتين لأنه لا يوقف علي حدّهما أي العرفيّة ، لا النجومية المعلوم انضباطها بسبب حركة الفلك وإن كان لا يعلم بالألة المعدة لذلك ، لعدم انضباطها واحتمال جريان عارض اختلالها إلا مع التعدد ونحوه مما يفيد الطمأنينة في كثير من الأحيان ، لكن عدم تيسر ذلك في غالب الأوقات لا يقدح في جواز التأجيل بها متمسكاً بالاستصحاب حتّى يعلم تحقّقها أو بالاحتياط فيما إذا لم يعلم بانقضائها ، هذا .

﴿و﴾ قد عرفت مما ذكرنا أنه ﴿لواقصر على بعض يوم جاز بشرط أن يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب﴾ أو بمقدار معين كالنصف والثلث ونحوهما ، فيعملان حينئذ بما يعلمانه من ذلك مع اتفاقه ، وإلا رجعا فيه إلى أهل الخبرة به ، والظاهر اشتراط عدالة المخبر ، نعم في اشتراط العدد وجهان ، وإن اشتبّه الحال لم يخف طريق الاحتياط وإن كان في تعيينه نظر من أصالة عدم انقضاء المدة إلا أن يعلم نحو ما سمعته في الساعة النجومية ، ولا يشترط ذكر وقت الابتداء في نحو ذلك مما هو محمول على الاتصال بالعقد ، فهو حينئذ أوله كيفما اتفق ، و يغتفر الجهل بمقدار ما بقي من النهار أو الزوال أو الثلث أو النصف مثلاً ، كما يغتفر اعتبار زيادة الشهر ونقصانه حيث يعمله شهرًا مثلاً بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك .

﴿و﴾ إنما الكلام في أنه ﴿يجوز أن يعيّن شهراً﴾ مثلاً ﴿متصلاً بالعقد أو متأخراً عنه﴾ بمدة طويلة أو قصيرة أو لا يجوز إلا المتصل ؟ صريح الفاضل وجماعة ممن تأخر عنه الجواز ، بل نسبه غير واحد إلى ظاهر الأثر لا إطلاق الأدلة وعمومها ،

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب المتعة الحديث ٢ .

وخصوص خبر بكار (١) المنجبر بما سمعت ، والتشبيه بالاجارة التي يجب الخروج بها عن أصالة بقاء البضع على الحرمة ، وقاعدة الاحتمياط في الفروج التي لا يجب مراعاتها أولاً و عدم تماميتها في القول بالبطلان ثانياً ، وقاعدة توقيفية الوظائف الشرعية ، وقاعدة ترتب آثار العقد بمجرد وقوعه الممنوعة هنا ، ضرورة أن أثر العقد أن يجري أحكام المتعة في المدّة المسماة متصلة أو منفصلة ، كمنع دعوى منافاة ذلك للتنجيز ، ضرورة عدم اشتراط العقد بذلك ، وإما الاستمتاع مشروط باثنيان الوقت المضروب ، كما يستأجر الرجل للحج من قابل ، بل ومنع لزوم جواز التمتع بها لغيره في البين ، لصدق كونها ذات بدل ، وإلا فلا دليل على بطلان اللزوم ، فلا بأس حينئذ بالتزامه ، كما استظهره الكركي وغيره .

ولكن الانصاف مع ذلك وفي النفس من أصل جواز ذلك شيء ، للشك في تناول ما عثرنا عليه من نصوص المقام ، بل لعل ما تسمعه فيما يأتي من عدم جواز عقد الزوج عليها فضلاً عن غيره قبل انقضاء أجله بأجل آخر أو مهر كذلك في النص (٢) والفتوى مؤيداً لذلك (٣) ضرورة أولويته بجواز المنفصل ، اللهم إلا أن يقال : إن المانع هناك الجمع بين الأجلين كما يومئ إليه تعليل الفساد في بعض نصوصه (٤) أنهما شرطان في شرط ، فلا حظ و تأمل ، لكن ستعرف هناك ما يدفع هذا الاحتمال .

و منه يعلم وجه تأييده لما قلناه من ظهور الاتصال من الأدلة له ، بل لعل

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب المتعة الحديث ٨٧٢٦ والباب -٢٤- منها .

(٣) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة والصحيح « مؤيد لذلك » كما هو كذلك

في المسودة التي هي بخط المصنف طاب ثراه فإنه خبر لعل ، في قوله : « بل لعل ما

تسمعه » .

(٤) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب المتعة الحديث ١ .

ماورد منها بلفظة « إلى أجل » نحو « فما استمتعتم به منهن » إلى أجل ، (١) وشبهه ظاهر في اعتبار اتصال الأجل وأنه المراد من النكاح المنقطع في مقابلة الدائم ، بمعنى أن غيره يبقى على دوامه والمتعة يقطع فيها الدوام ، ومع فرض ظهور الأدلة في ذلك لا وجه للتمسك بالاطلاقات والعمومات ، والخبر المزبور فافد شرط الحجية ، ولعله لذا قيل بالبطلان للوجوه المزبورة .

بل يمكن دعوى عدم ظهور عبارات الأكثر في الجواز بناءً على انصراف ما ذكره من اعتبار الأجل فيها إلى ما هو المنساق منه ، أي المتصل به ، بل لعل إغفال النصوص والفتاوى عدم تعيين المبدأ مبني على اعتبار الاتصال وإلا لذكره ، كما ذكرنا تعيين الغاية ، بل لعل الانسياق المزبور أشد من انسياق الاتصال فيما لو ذكر الأجل المطلق في متن العقد الذي ستعرف كونه من المسلمات عندهم .

نعم قد يقال بالصحة بناءً على تحقق الزوجية بالعقد على وجه يحصل بها حرمة المصاهرة وغيره من استحقاق المهر بالموت وغيره ، ويكون الأجل المتأخر حينئذ إنما هو لتأخير نفس الاستمتاع بناءً على صحة مثل هذا الشرط لعموم « المؤمنون » (٢) بل يمكن حمل خبر بكار (٣) عليه و لعل من منع من جواز تزويجها في البين ناظر إلى ذلك ، فيكون موافقاً ، بل يمكن تنزيل كلام الجميع على ذلك إلا من صرح بجواز تزويجها في البين ، فانه حينئذ يكون صريحاً في تأخر وصف الزوجية بتأخر الأجل .

وفيه ما عرفت ، بل لم تتحقق القائل به ، قال في القواعد : « لو عقد على امرأة على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما ولا له أن ينكح أختها وإن وقفت

(١) سورة النساء : ٣- الآية ٢٣ ولم يذكر في الآية الكريمة « إلى أجل » وإنما ذكر في بعض الروايات أنه من الآية الكريمة وفي بعضها أنه من قراءة ابن عباس كما في الوسائل في الباب ١- من أبواب المنعة الحديث ١٣ و ٣ و ١٩ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب ٣٥- من أبواب المنعة الحديث ١ .

المدّة بالأجل والعدّة » ونحوه المحكى عن ابن إدريس والمصنف في النكح ، وقال فيها أيضاً : « لومات أي الزوج فيما بينهما احتمال بطلان العقد رأساً ، فلا مهر لها ولا عدّة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً أومع الشرط ، وعدمه فيثبت النقيض » . وفيه أن المتجه بناءً على ما عرفت البطلان من حينه فيترتب عليه الأثر حينئذ حتّى المهر وإن قال في كشف اللثام : « إن في ترتبه نظراً ظاهراً ، لكنه في غير محله ، ضرورة كونها حينئذ زوجة ولكن مات زوجها قبل حصول شرط الاستمتاع ، فالاستمرار انقطع بالموت ، لا أنه انكشف من أول الأمر أنها ليست زوجة ، لما عرفت من بطلان ذلك ، وربما تسمع لذلك مزيد تحقيق انشاء الله . و على كل حال فلا ريب في أن الاحتياط عدم إيقاع مثل هذا العقد وإجراء الأحكام عليه ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ ولو أطلق ﴾ بأن قالت : « زوجتك نفسي إلى شهر » مثلاً ﴿ اقتضى ﴾ الإطلاق ﴿ الاتصال بالعقد ﴾ لدلالة العرف وأصالة الصحة ، كما في الإجارة وغيرها ، وظهور خبر بكار (١) في ذلك ، لأن الفرض وقوع المطالبة بشهر بعد مضي الشهر ، إذ لولا الحكم بالاتصال لبقى الشهر في ذمتها ، أللهم إلا أن يجعل نفي السبيل فيه كناية عن بطلان العقد ، لاستلزامه نفي السبيل أيضاً ، لكنه كما ترى ، فما عن ابن إدريس من البطلان للجهل بالأجل باعتبار احتمال الاتصال والانفصال واضح الضعف بعد ما عرفت من دلالة العرف على الاتصال ، نحو التأجيل بالخميس وربيع ونحوهما مما يحمل على الأقرب فيه أيضاً على الأقرب إليه منهما .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ ولو تركها ﴾ حتّى انقضى قدر الأجل المسمى ﴿ الذى حكمنا باتصاله حال إطلاقه ﴾ خرجت من عقده واستقر لها الأجر ﴿ بكثيرها مما صرح فيها بالأجل المخصوص وتركها فيه ، نعم استقرار تمام الأجر مبني على ما ستعرفه من اعتبار هبة المدّة قبل الدخول في التنصيف ، لا مطلق الفرقة قبله ولو بانقضاء الأجل مع قصره في الاستيفاء ، وعلى كل حال فليس له مطالبتها بعد انقضائه

بغيره ، لما عرفت من قضاء العرف بتشخصه ، بل قد عرفت في السابق بطلان المقد بالأجل الكلي أي الشهر من الشهور ، والله العالم .

﴿ولو﴾ ترك التعيين بالأجل بل ﴿قال﴾ : «واقعت ﴿مرة﴾ أمرتني ﴿مثلاً﴾ ولم يجعل ذلك مقيداً بزمان ﴿على وجه يكون أجلاً﴾ لعقد المتعة ويكون ذكر المرأة والمرتين شرطاً فيه بمعنى عدم استحقاقه الزائد مطلقاً أومع عدم إذنها ﴿لم يصح﴾ متعة لما عرفت من اعتبار الأجل فيها ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ﴿و صار دائماً﴾ بناءً على ما ذكرنا من التحقيق في فاقد الأجل ، وتعيين المرأة والمرتين هنا لا يقتضى ارادته المنقطع من لفظ الصيغة على وجه يكون الأجل كاشفاً كي يتجه البطلان هنا وإن قلنا بالصحة هناك ، خصوصاً بعد جواز اشتراط المرأة والمرتين في الدائم أيضاً كالمتعة فلا محيص حينئذ عن القول بالدوام هنا من القول به هناك ، ويؤيده مضافاً إلى ما سمعت خبر هشام بن سالم (١) المتقدم سابقاً الوارد في خصوص الفرض .

﴿ولكن﴾ في ﴿مقابل ما عرفت﴾ رواية دالة على الجواز ، وأنه لا ينظر إليها بعد إيقاع ما شرطه ، وهي ﴿خبر القاسم بن محمد﴾ (٢) عن رجل ساء قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد فقال : لا بأس ولكن إذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر إليها ، وخبر خلف بن حماد (٣) قال : « أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعة ؟ هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مرة واحدة ؟ قال : نعم ، وخبر زرارة (٤) قلت له : « هل يجوز أن يتمتع الرجل من المرأة ساعة أو ساعتين ؟ فقال : الساعة والساعتان لا يوقف على حدّهما ، ولكن العرد والمردين ، واليوم واليومين ، واللييلة واشباء ذلك ، إلا أنها ﴿مطروحة لضعفها﴾ وعدم معرفة القائل بها سوى ما يحكى عن الشيخ في التهذيبين من حمل هذه الأخبار

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعة الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب المتعة الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب المتعة الحديث ٥ - ٢ .

على الرخصة وأن الأحوط والأولى إضافة المدة ونحوها إلى أجل معين .

قلت : بل يمكن حمل خبر خلف فيها عليه وغيره وإن بعد سيما خبر القاسم إلا أنه لا بأس به بعد قوة المعارض من النص والاجماع بقسميه على اعتبار الأجل ، نعم أبطله جماعة هنا دائماً ومتعة على حسب ما عرفته سابقاً في ترك الأجل ، بل ظاهر بعضهم وصريح آخر أولوية ما هنا من البطلان هناك .

﴿و﴾ فيه ما سمعت مما علم منه أنه ﴿لوعقد على هذا الوجه انعقد دائماً﴾ ، ﴿و﴾ أنه ﴿لوقرن ذلك بمدّة صحّ متعة﴾ بلا إشكال ولا خلاف ، نعم لو اشترط ذلك في وقت معين بحيث يكون ظرفاً له كالיום مثلاً بمعنى أنه لا يقع خارجه شيء وأنه متى انتهى العدد المشروط فيه باءت منه كما أنها تبين بانقضائه وإن لم يفعل اتجه البطلان حينئذ ، لجهالة الأجل على وجه يحتمل الزيادة والنقصان ، لكون الفرض تقييده بانقضاء العدد ، خلافاً للمحكي عن الشيخ في النهاية من الصحة ، مع أنا لم نتحققه ، لأن الموجود فيها ما لفظه بعد أن ذكر اعتبار الأجل فيها قال : « وأما الأجل فما تراخيا عليه من شهر أو سنة أو يوم ، وقد روى (١) أنه يجوز أن يذكر المدة والمرتين ، والأحوط ما قدمناه من أنه يذكر يوماً معلوماً أو شهراً معيناً ، فإن ذكر المدة والمرتين جاز ذلك إذا أسنده إلى يوم معلوم ، فإن ذكر المدة مبهمه ولم يقرنها بالوقت كان العقد دائماً ، إلى آخره ، ولا ريب في إرادته من الإسناد إلى يوم معلوم بقريضة اعتبار الأجل ضرب الأجل للمتعة أو اشتراطها فيه ، لأن المراد الأعم من ذلك ، ومن جعلهما أجلاً واليوم ظرفاً كما فهمه منه الفاضل في المختلف ، حيث إنه بعد أن حكى عنه ما سمعت قال : « والحق البطلان في الجميع معللاً له بالجهالة - ثم قال - : « ويجيء على قول الشيخ بانعقاد المشروط فيه المدة المبهمه دائماً صحته هنا كذلك ، لأن الأجل المجهول باطل ، فيساوى غير المذكور ، وفيه أن الفرق بينهما واضح ، ضرورة بطلان العقد بذكر الأجل المجهول فيه الذي هو الشرط الباطل بخلاف ما إذا لم يذكر الأجل فيه أصلاً ،

فانه لا بطلان للعقد فيه بذلك ، فيتم حينئذ قصد النكاحية للمعاقد التي هي مقتضى الدوام كما عرفته مفصلاً والله العالم .

﴿ واما أحكامه فثمانية الاول : ﴾

﴿ إذا ذكر المهر والأجل صح العقد ﴾ من هذه الحيثية بلا خلاف ولا اشكال ، كما أنه لا خلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال في أنه ﴿ لو أخل بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد ﴾ لما عرفته من كون ذكر المهر شرطاً في صحة هذا العقد ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ﴿ ولو أخل بالأجل حسب ﴾ فلم يذكره ﴿ بطل متعة ﴾ أيضاً لذلك ﴿ و ﴾ لكن هل ﴿ انعقد دائماً ﴾ أولاً ؟ وفيه البحث السابق .

﴿ الثاني ﴾

﴿ كل شرط يشترط فيه ﴾ مما هو سائغ سواء كان شرطاً للموجب أو القابل ﴿ فلا بد ﴾ في لزوم الوفاء به من ﴿ أن يقترن بالايجاب والقبول ﴾ كغيره من العقود ليكون من جملة العقد المأمور بالوفاء به ﴿ ولا حكم لما يذكر قبل العقد ﴾ خاصة إجماعاً في الرياض ﴿ ما لم يستعد فيه ﴾ أي العقد على وجه يكون من جملته ، للموثق (١) عن الصادق عليه السلام « ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح ، وما كان بعد النكاح فهو جائز » ونحوه الآخر عن محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يتزوج المرأة متعة إنهما يتوارثان ما لم يشترطا ، وإنما الشرط بعد النكاح » و موثق ابن بكير (٣) قال أبو عبد الله عليه السلام : « إذا اشترطت على المرأة بشروط المتعة فرضيت به وأوجب التزويج ، فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح ، فإن أجازته فقد جاز ، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح »

الى غير ذلك من النصوص الدالة على عدم اعتبار ما كان قبل النكاح من الشرط ، بل ربما ظهر من بعضهم ذلك وإن كان مضمراً لهما ، فيكون هذا الحكم حينئذ خاصاً في المقام بناءً على اعتبار الشروط المضمرة في غيره ، كما عن المحكي عن آخر مساواة المقام لغيره في اعتبار المضمّر بناءً على القول به ، فتحمل النصوص المزبورة حينئذ على ما كان من الشروط سابقاً ولم يكن مضمراً حال العقد على وجه يكون مبنياً عليه ، ولعل هذا أولى لاستبعاد اختصاص المقام عن غيره بذلك ، وعدم وفاء النصوص به ، ضرورة عدم صدق كون الشرط قبل النكاح خاصة بعد فرض قصده في أنثائه مدلولاً عليه بالقرائن الحالية .

وعلى كل حال فلا عبرة بالشرط السابق من حيث سبقه ، لعدم مقتضى للزومه ، ضرورة كون المراد من قوله ﷺ (١) : «المؤمنون عند شروطهم» ما يشترطونه في العقد اللازم مثلاً الذي قد أمرنا بالوفاء به (٢) إذ الشرطية لا يتحقق معناها مع الاستقلال ، لظهور إرادة الفرعية منها ، ومع تسليم اقتضاء ذلك للزوم فلا بد من تخصيصه بالنصوص المزبورة .

نعم قد يقال إنها منافية لما ذكره المصنف **﴿و﴾** غيره ، بل المشهور على أنه **﴿لا﴾** حكم أيضاً **﴿لما يذكر بعده﴾** أي النقد من الشروط خاصة ، بل في الرياض لم يقل أحد بذلك حتى الشيخ في النهاية ، لاعتباره فيها ذكر الشروط في العقد البتة ، وإنما أوجب ذكرها بعد العقد ثانياً ، ولم يكتف بذكرها فيه خاصة ، نعم حكى عنه في التهذيب الاكتفاء بذلك ، إلا أنه كما ترى قول شاذ ، ويمكن إرادته المتصلة بالعقد على وجه يكون من متعلقات القبول ، فانه لا إشكال حينئذ في لزومه ، بل يمكن حمل النصوص المزبورة عليه أيضاً أو على ما ذكره غير واحد من الأصحاب من إرادة الإيجاب والقبول من النكاح فيها ، كما أوماً اليه موثق ابن بكير (٣)

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المنة الحديث ١ .

السابق ، وأوضح منه ما عن فقه الرضا عليه السلام من أنه (١) بعد أن ذكر سؤالها وخلوها عن الزوج والعدة قال : « وإذا كانت خالية من ذلك قال لها تمتعني نفسك على كتاب الله - إلى أن قال - : فإذا أنعمت ، قلت لها : تمتعني نفسك ويعتد جميع الشروط عليها ، لأن العقد الأول خطبة وكل شرط قبل النكاح فاسد ، وإنما ينعقد الأمر بالقول الثاني ، فإذا قالت في الثاني : نعم دفع إليها المهر أو ما حضر منه ، وكان ما بقي ديناً عليك ، وقد حل لك وطؤها ، قيل ونحوه المروي في البحار من خبر المفضل (٢) أو على إرادة خصوص زيادة الأجل بزيادة المهر بعد العقد كما عساه يومئذ إليه خبر محمد (٣) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى (٤) ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة ، قال : ما كان بعد النكاح فهو جائز ، وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها وبشيء يعطيها فترضى به ، أي بعد النكاح ، وكذا قوله عليه السلام : « إلا برضاها » أي بعد النكاح .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لا يشترط﴾ في وجوب الوفاء به ﴿مع ذكره﴾ في العقد إعادته بعده ﴿وفاقاً للمشهور لعموم المؤمنين﴾ (٥) وغيره ﴿و﴾ لكن ﴿من الأصحاب﴾ وهو الشيخ في النهاية على ما قيل ﴿من شرط﴾ ذلك ﴿بإعادته﴾ بعد العقد ﴿للمصوص المزبورة﴾ وهو بعيد ﴿لما عرفته من عدم دلالتها على ذلك﴾ ، أي اعتبار التكرار المزبور ، كما هو واضح . نعم قد يقال : إن عبارة النهاية ليست كما حكى عنها ، قال فيها : « كل شرط يشترطه الرجل على امرأة إنما يكون له تأثير بعد ذكر العقد ، فإن ذكر عند الشروط و ذكر بعدها العقد كانت التي قد تم ذكرها باطلة لا تأثير لها ، فإن كررها بعد العقد ثبتت على ما شرط ، ضرورة

(١) المستدرک الباب ١٤ - من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٤ ط الحديث .

(٣) الوسائل الباب ١٩ - من أبواب المتعة الحديث ٣ .

(٤) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٢ .

(٥) الوسائل الباب ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ .

عدم تعرضه للمذكور في أثناء العقد ، بل هو إما مكنت بذكر الشروط بعد العقد كما هو ظاهر النصوص المزبورة و حكمي عن التهذيب أو معتبر للتكرير بذكر الشرط قبل العقد وبعده ، وكيف كان فهو مناف لقواعد المذهب وفتاوى الأصحاب .

﴿ الثالث ﴾

﴿ للبالغة الرشيدة أن تمتع نفسها ، وليس لوليها اعتراض بكرراً كانت أو ثيباً على الأشهر ﴾ الأظهر الذي قد عرفت تمام البحث فيه سابقاً .

﴿ الرابع ﴾

﴿ يجوز ﴾ لها وله ﴿ أن يشترط عليهما ﴾ و عليه ﴿ الاثنيان ليلاً أو نهاراً و أن يشترط المرأة والمرأت في الزمان المعين ﴾ وغير ذلك من الشرائط السائغة التي هي غير منافية لمقتضى العقد ، نعم هي منافية لمقتضى إطلاقه كما في كل شرط سائغ ، وقد سأل عمار بن مردان (١) الصادق عليه السلام : « عن امرأة تزوجت نفسها من رجل على أن يفتس منها ما شاء إلا الدخول فقال : لا بأس ليس له إلا ما اشترط » وهو كغيره صريح فيما ذكرناه من عدم منافاة ذلك ونحوه لمقتضى العقد . نعم لو أسقط حقه من له الشرط فالظاهر السقوط كما أومأ إليه خبير اسحاق بن عمار (٢) قال للصادق عليه السلام : « رجل تزوج بجارية على أن لا يفتنها ثم أذنت له بعد ذلك فقال : إذا أذنت له فلا بأس » فما عن بعضهم - من عدم الجواز للزوم الشرط ، و لأن العقد إنما سوغ ماعداء - لا يخفى ما فيه بل الظاهر لحقوق الولد به مع عدم الوفاء بالشرط وإن ائتم وقلنا بترتب مهر عليه للوطء المشروط عليه عدمه ، لكن ذلك لا يخرج الزوجة عن كونها زوجة له .

و لو لم يشترط هو ولا اشترطت هي عليه فله ما شاء في الأجل ، و ليس لها

(١) الوسائل الباب -٣٦- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -١١- من أبواب المتعة الحديث ٣ .

الامتناع عنه في أي وقت شاء إذا لم يكن لها مانع شرعي ، نعم الظاهر أنه لا سلطنة له عليها مدة عدم استمتاعه بنهي عن الخروج عن دار أو بلد أو نحو ذلك كما في الدائم ، والله العالم .

﴿ الخامس ﴾

﴿ يجوز العزل للمتمتع ﴾ إجماعاً بقسميه على ذلك ﴿ و ﴾ على أنه ﴿ لا يقف على إذنها ﴾ نعم الأولى له الاشتراط عليها ، لتضمن الأخبار (١) له ﴿ و ﴾ لكن ﴿ بلحق الولد به لو حملت وإن عزل ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ﴿ لاحتمال سبق المنى من غير تنبه ﴾ و الولد للفراش (٢) و للنصوص (٣) و كذا في كل وطء صحيح أو شبهة .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو نفاه عن نفسه ﴾ وإن لم يعزل فضلاً عما إذا عزل ﴿ انتفى ظاهراً ﴾ إلا فيما بينه وبين ربه المطلع على ما في قلبه ﴿ ولم يقتصر إلى اللعان ﴾ بلا خلاف بل الإجماع أيضاً بقسميه عليه ، مضافاً إلى النصوص (٤) نعم لا يجوز له النفي إلا مع العلم بالانتفاء وإن عزل أو اتهمها أو ظن الانتفاء بالقرائن ، فما في الحدائق من احتمال اللحق حتى مع النفي لا طلاق النصوص (٥) في غير محله قطعاً ، ضرورة معلومية كونها أنقص فراشاً من الدائمة التي ينتفي الولد عنه بنفيه مع اللعان ، فهي بطريق أولى ، لأنه لما أطلق في النص (٦) الأني عدم لعانها علم حينئذ

(١) الوسائل الباب ١٨- من أبواب المتعة الحديث ٥ و ٦ والباب ٣٣ منها - الحديث

٢ و ٣ والباب ٤٥- منها الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ٥٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٣ و ٥) الوسائل الباب ٣٣- من أبواب المتعة .

(٤ و ٦) الوسائل الباب ١٠- من كتاب اللعان .

انتفاء الولد بدونه كما هو واضح ، نعم الظاهر أن نفيه يقتضي الانتفاء إذا لم يعلم إئتمه فيه بصدوره منه مع الاحتمال ، وإلا كان نفيه لغواً ، لا أنه يأنم وينتفي الولد عنه ، كما قد يتوهم ، لاطلاق ما دل (١) على لحوقه به المقتصر في تقييده على المتيقن ، وهو النفي الذي لم يعلم حاله ، والله العالم .

﴿ السادس ﴾

لا خلاف نصاً (٢) وقتوى في أنه ﴿ لا يقع بها طلاق و ﴾ أنها ﴿ تبين بانقضاء المدة ﴾ أو هبتها على وجه ليس له الرجوع في العدة ، وليس ذلك طلاقاً قطعاً وإن أطلق عليه في بعض النصوص (٣) المعلوم إرادة حكم الطلاق في خصوص البينونة ، و من الغريب توقف بعض المتفهمة من الأعاجم في أن له حكم الطلاق أيضاً بالنظر إلى عدم جواز وقوع الهبة من ولي الطفل ، وهو كما ترى .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لا يقع بها إيلاء ﴾ على المشهور ، لمخالفة أحكامه للأصل ، فيقتصر فيها على موضع اليقين ، وليس هو إلا الدائمة ، فإن الآية (٤) بقرينة قوله تعالى فيها : ﴿ إن عزموا الطلاق ﴾ ظاهرة في تخصيص المولى عليها بالقابلية للطلاق ، فلا تدخل المتمتع بها نحو ماورد (٥) في اعتبار الدوام في التحليل بأن قوله تعالى (٦) فيها : ﴿ فان طلقها ﴾ إلى آخرها ظاهر في القابلية للطلاق وهي

(١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعة .

(٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المتعة .

(٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعة الحديث ٣ و الباب - ٢٠ - منها

الحديث ٣ .

(٤) و (٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ - ٢٣٠ .

(٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الطلاق من كتاب الطلاق .

الدائمة ، ولأن من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء ، وهو هنا منتف ، لعدم استحقاقها إياه ولو زاد على الأربعة أشهر ، نعم لا إشكال في جريان أحكام اليمين على ذلك لإطلاق أدلته ، إنما المراد نفي أحكام الإيلاء . فما عن المرتضى - من وقوعه بها مع أنا لم نتحققه ، بل المحكى من كلامه في الانتصار صريح في خلافه للأية (١) بعد معلومية كونهما من النساء وعدم اقتضاء قوله تعالى : « وإن عزموا الطلاق » التخصيص - واضح الضعف ، لما عرفت .

﴿ ولا ﴾ يقع بها ﴿ لعان على الأظهر ﴾ الأشهر ، بل المشهور ، بل حكى غير واحد الاتفاق عليه لنفي الولد ، وإن كان فيه أنه منافي للمحكى عن صريح الجامع من وقوعه ، نعم يردده صحيح ابن أبي يعفور (٢) عن الصادق عليه السلام « لا يلاع عن الرجل امرأته التي يتمتع بها » وصحيح ابن سنان (٣) عنه عليه السلام أيضاً « لا يلاع عن الحر الأمة ولا الذمية ولا التي يتمتع بها » كما أنهما يردان المفيد والسيد فيما حكى عنهما من وقوعه للقتل ، ضرورة إطلاقهما ، و مع فرض كون التعارض بينهما وبين ما دل عليه من وجه فلا ريب في أن الترجيح لهما بالشهرة العظيمة ومخالفة أحكام اللعان للأصل .

﴿ وفي الظاهر تردد ﴾ من صدق الزوجية ، فتندرج في إطلاق الأدلة وعمومها ، ومن كون أحكامه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ، ولأن من لوازمه الإلزام بالفيئة أو الطلاق وليس هنا إذ لاحق لها في الوطء ، مع أنه لا يقع بها طلاق وقيام حبة المدة مقامه لا دليل عليه ﴿ أظهره ﴾ عند المصنف ﴿ أنه يقع ﴾ بها وفاقاً للمحكى عن الأكثر ، و منهم ابن إدريس في بعض فتاواه ، وخالفاً له أيضاً وابن أبي عقيل والجنيد ، لانقطاع الأصل بإطلاق الأدلة وعمومها ، والإلزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص ، إذ من الجائز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين ، وهو الدائمة وكذا المرافعة دون غيرها ، فيبقى أثره فيها باقياً وهو اعترافها ، لكن

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ١٠ - من كتاب اللعان الحديث ١ - ٢ .

فيه أنه مناف لمرسل ابن فضال (١) عن الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق» واحتمال أنها من المثل كما ترى ، بل عدم وقوع اللعان والايلاء عليها مما يؤول إلى عدم وقوعه فيها ، كما يماه ما ذكر من أحكامه إلى ذلك كما لا يخفى على من تأمل .

﴿ السابغ ﴾

﴿ لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطاً سقوطه أو أطلقاً ﴾ وفقاً للأكثر ، بل المشهور بل عن الغنية نفى الخلاف عنه ولعله كذلك إلا من القاضي ، فجعله كالإدام ، لصدق الزوجة التي لا يصح اشتراط سقوط إرثها كغيرها من الورثة ، ومن ابن أبي عقيل والمرضى ، وكذلك ما لم يشترط السقوط ، جمعاً بين ذلك وبين ما دل على لزوم الشرط من قوله عليه السلام: (٢) «المؤمنون» وغيره ، وخصوص موثق ابن مسلم (٣) في الرجل يتزوج المرأة متعة إنهما يتوارثان إذا لم يشترط ، وإنما الشرط بعد النكاح ، لكنهما معاً كما ترى ، ضرورة إرادة غير المستمتع بها من الزوجة بالنصوص (٤) المعقبة التي يمكن دعوى توارثها .

(منها) خبر أبان بن تغلب (٥) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « كيف أقول لها

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من كتاب الظهار الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المتعة الحديث ٤ .

(٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب مقدمات النكاح و الباب - ٤ - من أبواب

المتعة الحديث ٤ و ٥ والباب - ١٨ - ٢٣ منها الحديث ٥ والباب - ٣٢ - منها الحديث ٣

٦ و ٧ و ٨ و ١٠ والباب - ١٧ - من أبواب ميراث الأزواج من كتاب المواريث .

(٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعة الحديث ١ و ذكر ذيله في الباب - ٢٠ -

منها الحديث ٢ .

إذا خلوت بها؟ قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة ، بكذا وكذا درهماً ، وتسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً فإذا قالت : نعم فقد رضيت ، فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها ، قلت ، فاني أستحيي أن أذكر شرط الأيام ، قال : هو أضر عليك ، قلت : وكيف ذاك؟ قال : إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام ، ولزمتك النفقة ، وكانت وارثة ، لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة ضرورة كون المراد من ذلك بيان أن المتعة حكمها ذلك كي لا تكون المرأة مخدوعة ، خصوصاً بعد أن صرح فيه بالفرق بين من ترك الأجل فيها ومن ذكر ، بصيرورة الأولى دائمة وارثة بخلاف الثانية ، فانه كالصريح في أن ذلك حد المتعة ومنه يعلم وجه الدلالة في هذا القسم من النصوص ، كخبر أبي بصير (١) وخبر ثعلبة (٢) وخبر مؤمن الطاق (٣) وخبر هشام بن سالم (٤) .

(منها) خبر عبدالله بن عمر (٥) « سألت أبا عبدالله عليه السلام : عن المتعة ، فقال : حلال لك من الله ورسوله ، قلت : فما حدّها ؟ قال : من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك » إلى آخره .

(منها) صحيح سعيد بن يسار (٦) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألت عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث ، قال : ليس بينهما ميراث ، اشترطا أولم يشترطا » ونحوه المرسل في الكافي (٧) .

(منها) مرسل ابن أبي عمير (٨) عن أبي عبدالله عليه السلام « لا بأس بالرجل يتمتع بالمرأة على حكمه ، ولكن لا بدله من أن يعطيها شيئاً ، لأنه إن حدث به حدث لم يكن لها ميراث » .

(١) الوسائل الباب ١٨- من أبواب المتعة الحديث ٤- ٢- ٥- ٣ .

(٢) الوسائل الباب ٣٢- من أبواب المتعة الحديث ٨- ٧- ٣ .

(٣) الوسائل الباب ٤٠- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(و منها) صحيح عمر بن حنظلة (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شروط المتعة ، فقال : يشارطها على ما شاء من العطية و يشترط الولد إن أراد ، و ليس بينهما ميراث » .

و (منها) خبر زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام في حديث « ولا ميراث بينهما إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل » .

و (منها) ما دل على (٣) أن المتمتع بها ليست كالحرّة ، هي مستأجرة كالأمة ، خصوصاً خبر محمد (٤) منها عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة ، قال : ليست من الأربع ، لأنها لا تطلق ولا ترث ولا تورث و إنما هي مستأجرة » الظاهر أو الصريح في اختصاص الارث بالأربع من الزوجات بخلاف المتعة التي هي مستأجرة و بمنزلة الأمة ، بل لا يخفى على من تأمل ما ورد في المتعة و خصوصاً نصوص النهي عنها لمن يتمكن من التعفف بالتزويج (٥) أنها ليست زوجة توارث ، و إنما هي استمتاع و انتفاع ، كما عساه يوصي إليه مقابلة ذلك بالتزويج ، بل يعرف ذلك منّا العامة فضلاً عن الخاصة ، فان أبا حنيفة قال لمؤمن الطاق في مباحثته له : « آية الميراث تنطق بنسخ المتعة ، فقال له مؤمن الطاق : قد ثبت النكاح بغير ميراث ، فقال أبو حنيفة من أين قلت ذاك ؟ فقال : لو أن رجلاً من المسلمين تزوج بامرأة من أهل الكتاب ثم توفي عنها ما تقول فيه ؟ قال : لا ترث منه ، فقال : قد ثبت النكاح بغير ميراث » .

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب -٣٣- من أبواب المتعة الحديث ٢ و ذيله في

الباب -٣٢- منها الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب -٣٢- من أبواب المتعة الحديث ١٠ .

(٣) الوسائل الباب -٢٦- من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب -٤- من أبواب المتعة الحديث ٤ و ليس فيه « ولا تورث » وهي

مذكورة في الاستبصار ج ٣ ص ١٤٧ الرقم ٥٣٩ .

(٥) الوسائل الباب -٥- من أبواب المتعة .

و من ذلك كله يعلم ما في كلام القاضي بل وما في كلام المرتضى ، ضرورة اقتضاء العموم المزبور جواز اشتراط عدم التوارث في الدائم أيضاً ، وهو معلوم البطلان والموثق المزبور بعد الفرض عما فيه من حصر الشرط فيما بعد النكاح الذي قد عرفت البحث معمول على إرادة اشتراط الأجل ، أي يتوارثان ما لم يشترطاً الأجل ، فيكون متعة لا توارث بينهما ، أو مطرح لقصوده عن معارضة ما سمعت من وجوه ، هذا كله فيما إذا لم يشترطاً أو اشتراطاً السقوط الذي قد بان عندك أنه مؤكّد عندنا لا مؤسس .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو شرطاً التوارث أو شرطاً أحدهما قيل ﴾ والفائل به جماعة من الأصحاب ﴿ يلزم عملاً بالشرط ، وقيل ﴾ والفائل جماعة أيضاً ، بل هو المحكى عن أكثر المتأخرين ، بل عن الفاضل أنه المشهور ﴿ لا يلزم لأنه ﴾ أي الارث ﴿ لا يثبت إلا شرعاً ، فيكون اشتراطاً لغير وارث ، كما لو شرط لأجنبي ﴾ ومن المعلوم بطلانه ، ضرورة كون الشرط ملزماً لما هو مشروع لأنه شارع ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ الأول أشهر ﴾ بل في الرياض كاد يكون مشهوراً ، لصحيح محمد بن مسلم (١) عن الصادق عليه السلام في حديث « وإن اشترط الميراث فهما على شرطهما » و صحيح البرزطي (٢) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ، إن اشترطت الميراث كان ، وإن لم تشترط لم يكن » قيل و نحوه الصحيح الآخر المروى عن قرب الاسناد للحميري (٣) و الظاهر أنه وهم ، فإن الحميري إنما رواه عن البرزطي أيضاً بهذا اللفظ على ما حكى عنه .

وعلى كل حال فهذان الخبران لمكان اعتبار سندهما قد اغتر بهما جماعة من المتأخرين منهم الشهيدان ، حتى قال ثايهما : « إنه بهما يجاب عن أدلة الفريقين ، لدلالتهما على كون اشتراط الميراث سائغاً لازماً ، فيثبت به ، وعلى أن أصل

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب المتعة الحديث ٥ - ١

(٣) أشار إليه في الوسائل في الباب - ٣٢ - من أبواب المتعة الحديث ١ و ذكره

في البحار ج ١٠٣ ص ٣١٣ ط الحديث .

الزوجية لا يقتضيه ، فتكون الآية (١) مخصصة بهما ، كما خصصت في الزوجة الذمية برواية (٢) وإن الكافر لا يرث المسلم ، ويظهر أن سببيه الارث مع اشتراطها تصير ثابتة بوضع الشارع وإن كانت متوقفة على أمر من قبل الوارث كما لو أسلم الكافر ، وكذا يظهر جواب ما قيل : إنه لا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجية ، ولا يقتضى ميراث الزوجة إلا الآية ، فإن اندرجت هذه في الزوجة في الآية ورثت وإن لم يشترط ثبوته ، وبطل شرط ففيه ، وإن لم يندرج في الزوجة في الآية لم يثبت الشرط ، لأنه شرط توريث من ليس بوارث ، وهو باطل ، ووجه الجواب عنه بعد تسليم اندراجها في الآية أنها بدون الشرط مخصصة بالروايتين المعتبرتين الاسناد ، وبالشرط داخلة في العموم ، لعدم المقتضى للتخصيص .

وفيه أن ذلك غريب في النظائر ، بل في كشف اللثام عديم النظر ، بل يبعد رجحانها على صحيح بن يسار (٣) المؤيد بالمرسل في الكافي (٤) و بظاهر ما سمعته من النصوص المزبورة (٥) الظاهرة والمصرحة بعدم اقتضاء عقد المتعة الارث وإلما هو كالأجارة بالنسبة إلى ذلك ، بل ربما ظهر من خبر هشام بن سالم (٦) منها اقتضائه عدم الارث وأن ذلك من حدودها فمحوها الاعتداد بما سمعته ، فشرط إرثها حينئذ مع كونه من شرط إرث غير الوارث المعلوم بطلانه سبب (٧) مخالفته للكتاب والسنة مناف لما اقتضاء عقد المتعة أيضاً ، ودعوى كون الارث بالزوجية حال الشرط لابه كما ترى ، خصوصاً بعد القطع من الأدلة السابقة أن زوجيتها الحاصلة منها ليست سبب إرث ، بل سبب منع منه .

وحمل خبر ابن يسار على اشتراط سقوط الارث ليس بأولى من حمل الخبرين

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ١٢ .

(٢) الوسائل الباب ١- من أبواب موانع الارث الحديث ٣ من كتاب المواريث .

(٣ و ٥) الوسائل الباب ٣٢- من أبواب المتعة الحديث ٧- ٤ - ٥ .

(٤) الوسائل الباب ٢٠- من أبواب المتعة الحديث ٣ .

(٧) هكذا في النسختين الاصليتين المبيضة والسوداء والصحيح « بسبب » .

على إرادة الوصية من الإرث فيهما ، بل هذا أولى لما عرفت ، ولأنه مقتضى إفادة الشرط الارث أن يكون ذلك على حسب ما يقع منه ، ولذا لو اختص الشرط بأحدهما كان الإرث له خاصة ، هي بمكان الشرط مع غلبة التوارث من الجابين ، وحينئذ فيتجه صحة اشتراط إرثهما لا على حسب إرث الزوجة و الزوج ، وهو من المستعربات .

و أغرب منه التزام صحة شرطية إرث الزوجة و الزوج على حسب حالهما من وجود الولد وعدمه بالنسبة إلى النصف والثلث والرابع ، وإرث العقار وعدمه ، من غير فرق بين مقارنة مقتضيات ذلك وتجدده ، بمعنى أن الشرط يسيرها كذلك ولا ينبغي لمن رزقه الله معرفة مذاق الشرع أن يحتمل ذلك ، فضلاً عن أن يكون فتوى ، و خصوصاً بعد معلومية (١) عقد المتعة بالموت ، وأنه بمنزلة الهبة ، بخلاف عقد الدوام ، فلا زوجية حينئذ بينهما كي يقتضي التوارث ، بل يكون بالموت كمن وهبت المدة ، بل لعل ذلك هو السبب في عدم اقتضاء المتعة الارث ، ضرورة كونها حينئذ كموت العين المستأجرة الذي من المعلوم بطلان الاجارة بها ، ويتفرع عليه عدم جواز تفصيلها و النظر إليها و عدم أولوليته بها ، فمن الغريب بعد ذلك جرأة من عرفت على الفتوى بذلك ، فالتحقيق عدم إرثها مطلقاً بل لو اشترط ذلك في العقد على غير جهة الوصية بطل العقد بناء على اقتضاء بطلان الشرط بطلانه ، والله هو العالم .

(١) هكذا في النسخة الاصلية .

﴿ الثامن ﴾

﴿ إذا انقضى أجلها بعد الدخول ﴾ أو وهبت لأجل حرة كانت أو أمة
بلا خلاف في التسوية بينهما ﴿ فعدتها حيضتان ﴾ وفقاً للشيخ ومن بعده ، كما في
كشف اللثام . ﴿ وروى (١) حيضة ﴾ وعمل به ابن أبي عقيل على ما قيل ، بل عن ابن
أذينة أنه مذهب زرارة أيضاً ﴿ وهو متروك ﴾ بين الأصحاب ، فلا يعارض الأول
الذي يدل عليه الصحيح أو الحسن عن إسماعيل بن الفضل (٢) « سألت أبا عبد الله
عليه السلام عن المتعة ، فقال : ألق عبد الملك بن جريح فأسأله عنها ، فإن عنده منها علماً ،
فأتيته فأملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالها ، وكان فيما روى ابن جريح قال : ليس
فيها وقت ولا عدد - إلى أن قال : - و عدتها حيضتان ، فإن كانت لا تحيض فخمسة
وأربعون يوماً ، فأثبت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام ، فعرضته عليه فقال : صدق وأقر به ،
وخبّر أبي بصير (٣) المروى عن تفسير العياشي وعن كتاب الحسين بن سعيد على ما عن
البحار عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة - إلى أن قال - : ولا تعمل لغيرك حتى تنقضي عدتها ،
وعدتها حيضتان » وما في المسالك والروضة من خبر محمد بن الفضل (٤) عن أبي الحسن
الماضي عليه السلام « طلاق الأمة تطليقتان ، و عدتها حيضتان » منضمّاً إلى ما رواه
زرارة (٥) في الصحيح عن الباقر عليه السلام « إن على المتمتعة ما على الأمة » فإن المجتمع
من الروايتين أن عدة المتعة حيضتان ، وإن كان قد يناقش فيه - بعد الغض عن

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المتعة الحديث ٨ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المتعة الحديث ٦ والبحار ج ١٠٣ ص ٣١٥

ط الحديث .

(٤) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب العدد الحديث ٥ عن محمد بن الفضل .

(٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

اختلاف روايات الأمة كما ستعرفه في محله - بأن صحيح زرارة لا دلالة فيه على ذلك بقرينة صدره ، قال فيه : « وعدة المطلقة ثلاثة أشهر ، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة ، وكذلك المتمتع عليها مثل ما على الأمة » ، إذ هو ظاهر في إرادة المماثلة بالأشهر ، نعم قد ورد تشبيه المتمتع بها بالأمة في غير المقام ، فيمكن باطلاق التشبيه تميم الاستدلال ، وإن كان هو كما ترى أيضاً .

و على كل حال فالعمدة حينئذ ما سمعت مما لا يعارضه - بعد ما عرفت - صحيح زرارة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « عدة المتمتع إن كانت تحيض فحيضة ، وإن كانت لا تحيض فشهري ونصف » والموجود في الكافي كما اعترف به غير واحد اسقاط «عدة المتمتع» منه ، نعم هو في التهذيب كذلك ، ويؤيده روايته في الكافي في عدة المتمتع بها ، مضافاً إلى ما عرفته من مذهب زرارة المظنون كون سنده ذلك ، ولا خبر عبد الله بن عمر (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث إلى أن قال : « فكم عدتها ؟ قال : خمسة وأربعون يوماً أو حيضة مستقيمة » ولا خبر محمد بن أبي نصر (٣) عن الرضا عليه السلام المروى عن قرب الاسناد « قال أبو جعفر عليه السلام : عدة المتمتع حيضة ، وقال : خمسة وأربعون يوماً » لاحتمال إرادة الحيضة وطهرها التامين بدخول الحيضة الثانية ، فيكون حيزتين بناءً على الاجتزاء بالدخول في الحيضة هنا ، لخبر عبد الله ابن جعفر الحميري (٤) عن صاحب الزمان المروى عن كتاب الاحتجاج « إنه كتب إليه في رجل تزوج امرأة بشيء معلوم وبقي له عليها وقت فجعلها في حل مما بقي له عليها ، وإن كانت طمئت قبل أن يجعلها في حل من أيامها ثلاثة أيام أيجوز أن يتزوجها رجل آخر بشيء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضة أو يستقبل بها حيضة أخرى ؟ فأجاب عليه السلام يستقبل بها حيضة غير تلك الحيضة ، لأن أقل العدة حيضة وطهرة تامة » وعن بعض النسخ « وطهارة » بناءً على أن المراد

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعة الحديث ١ وليس فيه «عدة المتمتع»

والموجود في التهذيب ج ٨ ص ١٦٥ الرقم ٥٧٣ « عدة المتعة إن كانت تحيض ... »

(٢) (٣) و (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعة الحديث ٣-٦-٧ .

منه ما ذكرناه ، لا أن المراد الطهارة النامة من الحيضة ، بمعنى اعتبار نقائها تماماً من الحيض ، بل بناءً على ما ذكرناه يمكن تنزيل صحيح ابن الحجاج (١) عليه وسألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة ؟ قال : تعتد أربعة أشهر وعشراً وإذا انقضت أيامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة الحديث الذي قد حكي العمل به عن الصدوق في المقنع ، وإلا كان متروكاً كسابقه . نعم ما يحكي عن المفيد من أن عدتها طهران قول معروف بين الأصحاب محكي عن ابني زهرة وإدريس والعلامة في المختلف ، بل هو ظاهر ثاني الشهيدين بل عن ابن زهرة الاجماع عليه ، لكن لم أعرف له دليلاً بالخصوص سوى ما ذكره في محكي المختلف له من أخبار الحيضة ، فانه إذا اكملت لها حيضة فقد مضى عليها طهران : أحدهما قبلها والآخر بعدها ، إذ يكفي منهما لحظة ، وفيه أنه أعم من ذلك ، ضرورة عدم تحقق الطهرين بها فيما لو فرض مقارنتها لانتفاء الأجل ، وسوى ما في المسالك من الاستدلال له بحسن زراة (٢) عن الباقر عليه السلام « إن كان حر تحته أمة فطلاقه تطليقتان وعدته قرءآن » لكون المراد من القرءين في العدد الطهرين نصاً (٣) وفتوى كما تسمعه في محله انشاء الله منضمّاً إلى ما سمعته سابقاً من النص (٤) على أن على المتمتعة ما على الأمة .

وفيه منع كون المراد بالقرءين هنا الطهرين وثبوته في ذلك المقام لا يستلزم القول به هنا ، خصوصاً بعد النصوص المعتبرة (٥) الدالة على أن عدة الأمة حيضتان ، بل يقوى تفسير هذا المبطل بها ، فانه وإن تعارضت الروايات في الأمة المشبهة بها المتمتعة إلا أنك ستسمع إن شاء الله في محله ما يدل من المعتبرة على كون العدة فيها الحيضتين ، على أنه يمكن أن يقال بعد إرادة الكامل من الطهر - كما سمعته في خبر صاحب الزمان

(١) الوسائل الباب ٢٢ - من أبواب المتعة الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ١٣ - من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

(٤) الوسائل الباب ٥٢ - من أبواب العدد - الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

(٥) الوسائل الباب ٣٠ - من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

روحي له الفداء - بتحقيق الحيضتان أيضاً .

و بذلك كله يظهر لك اجتماع النصوص جميعها على الحيضتين بناءً على الاجتزاء بالدخول في الحيضة الثانية ، بل منه يعلم عدم أحوطية الحيضتين من الطهرين ، لا يمكن تحققهما بدون الطهرين ، كما في المثال المفروض فيه مقارنة الحيضة لانقضاء الأجل ، إلا أنني لم أجد تحريراً في كلامهم هنا لكيفية الاعتداد بالحيضتين ، وأنه هل لابد من حيضتين تامتين ، فلا يجزئ ، حينئذ انقضاء أجلها في أثناء حيضها والدخول في حيضة أخرى ، أو أنه يكفي فيهما بعض الحيضة الأولى ولو لحظة و الحيضة الثانية ولو لحظة ، أو أنه لابد من تمام الحيضة الثانية خاصة ، كما يومئ إليه خبر صاحب الزمان (عليه السلام) أو بالعكس ، أو لابد من حيضة كاملة ولحظة من حيضة أخرى من غير فرق بين السابقة واللاحقة ، إلا أن الذي ينساق إلى الذهن الأول الذي هو مقتضى الأصل وعلى كل حال فلا ريب في أن الأقوى اعتبار الحيضتين بما عرفت مما لا يصلح غيره لمعارضته ولوللشذوذ والندرة ، هذا كله في التي تحيض .

﴿ و ﴾ أما ﴿ إن كانت لا تحيض ولم تئس ﴾ لكونها في سن من تحيض ﴿ فخمسة وأربعون يوماً ﴾ اجماعاً بقسميه ، ونصوصاً (١) بل في خبر البرزطي (٢) عن الرضا (عليه السلام) قال : « قال أبو جعفر (عليه السلام) : عدة المتمتع خمسة وأربعون يوماً والاحتياط خمس وأربعون ليلة » بمعنى أن الاحتياط خمسة وأربعون يوماً بلياليها ، بل الأولى عدم اعتبار التلقيح .

وأما غير مستقيمة الحيض أو المسترابة فيه لرضاع ونحوه فقد يقوى أن العدة أسبقهما ، على معنى إن مضى لها خمسة وأربعون قبل الحيضتين تمت عدتها ، وإن اتفق الحيضتان قبل ذلك تمت العدة على حسب ما سمعته في الطلاق ، وربما يشهد له في الجملة خبر قرب الاسناد (٣) واحتمال أن المدار على الحيضتين وإن طال الزمان بعيد ، بل يمكن القطع بعدمه بملاحظة ما سمعته في كتاب الطلاق ، والله العالم .

﴿ و تعد ﴾ المتمتع بها الحرة ﴿ من الوفاة ولو لم يدخل بها ﴾ اجماعاً
 ﴿ بأربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حائلاً ﴾ وفقاً للمشهور للآية (١) في وجه
 والأصل وصحيح ابن الحجاج (٢) عن الصادق عليه السلام « سألت عن المرأة يتزوجها
 الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها عدة ؟ قال : تعد بأربعة أشهر وعشراً » وصحيح
 زرارة (٣) « سألت أبا جعفر عليه السلام ماعدة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتع بها ؟ قال :
 أربعة أشهر وعشراً ، قال : ثم ؟ قال : يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة
 حرة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح منه ، متعة أو تزويجاً أو ملك يمين
 فالعدة أربعة أشهر وعشراً ، الحديث . خلافاً للمفيد والمرضى والعماني وسار ،
 فعدتها شهران وخمسة أيام لأنها كالأمة في الحياة فكذلك في الموت ، ومرسل
 الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها
 ماعدتها ؟ قال : خمسة وستون يوماً » .

وفيه عدم خروج الأول عن القياس ، إلا أن يراد التمسك بعموم المنزلة الذي
 يجب الخروج عنه بما سمعت ، والمرسل الذي لا جابر له ساقط عن الحجية على أن
 في سنده الطاطري الواقفي الذي قيل فيه إنه شديد العناد في مذهبه ، صعب العصبية
 على من خالفه من الإمامية ، فيجب حينئذ طرحه في مقابلة الصحيحين أو حمله على
 إرادة خصوص الأمة من المرأة فيه كحمل خبر ابن يقطين (٥) عن أبي الحسن عليه السلام
 « عدة المرأة إذا تمتع بها فمات عنها خمسة وأربعون يوماً » على الموت متصلاً
 باقضاء الأجل وإلا كان من الشواذ .

﴿ و تعد ﴾ بأبعد الأجلين ﴿ منها أي المدة على المختار أو على قول
 المفيد ومن وضع الحمل ﴾ إن كانت حاملاً ﴿ بلا خلاف ولا إشكال عملاً بالعامين ،
 فقول المصنف حينئذ ﴿ على الأصح ﴾ راجع للأول ، وهو العدة في الحائض ، هذا

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٤ .

(٢) و ٣ و ٤ و ٥ الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد الحديث ١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ .

كتاب الطلاق .

كله في الحرة .

﴿و﴾ أما ﴿لو كانت أمة﴾ فكانت عدتها حائلاً بشهرين وخمسة أيام* وفاقاً للمشهور أيضاً للمعتبرة المستفيضة (١) أن عدة الأمة إذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة أيام مؤبدة بما دل (٢) على أنها على النصف من الحرة على وجه كان ذلك كالأصل ، خلافاً للحلي والفاضل وغيرهما فكالحرة ، لصحيح زرارة (٣) السابق مؤبداً بما دل (٤) على اعتدادها من الوفاة بذلك الشامل باطلاقه للدائمة والمتمتع بها ، كصحيح سليمان بن خالد (٥) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ماعدتها ؟ - إلى أن قال - قلت : فإن توفى عنها زوجها ، فقال : إن علياً عليه السلام قال في أمهات الأولاد : لا يتزوجن حتى يعتدن أربعة أشهر وعشراً وهن إماء ، وموثقه عنه عليه السلام (٦) أيضاً «عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ، وصحيح وهب بن عبد ربه (٧) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد فزوجها من رجل آخر فأولدها غلاماً ، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها أله أن يطأها ؟ قال : تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام ثم يطؤها بالملك بغير نكاح ، والصحيح (٨) «إن الأمة والحرة كلتيهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة إلا أن الحرة تعد والأمة لا تعد» وعن الشيخ الجمع بينها بحمل هذه على أمهات الأولاد ، وهو غير تام في الأخيرين الظاهرين أو الصريحين في غيرها ، نعم لا يبعد الجمع بالحمل على الاستحباب في غير ذات الولد ، وأما فيها فكالحرة ، للصحيح السالم عن المعارض .

(١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد الحديث ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب العدد الحديث ٣ والباب ٤٢ منها الحديث

١٠ والباب ٣٧ منها الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق .

(٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

(٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب العدد الحديث ١ - ٥ - ٣ - ٢ من كتاب الطلاق .

وأما العامل فعدتها أبعداً جليين من المدة والوضع ، وتركه المصنف لوضوحه ،
و اتكالا على ما ذكره سابقاً .

التاسع :

لا يصح له تجديد العقد عليها دائماً ومنقطعاً قبل انقضاء الأجل وفاقاً للمشهور لعدم قابلية تأخر أثر عقد النكاح ، واستحالة تحصيل الحاصل ، ومفهوم الصحيح (١)
« لا بأس بأن تزيدك وتزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما ، تقول لها : استحللتك بأجل آخر برضاً منها ، ولا يحل ذلك لغيرك حتى تنقضي عدتها » وخبر أبان بن تغلب (٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : « جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر ، ثم إنتهى تقع في قلبه فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر ، فهل يجوز أن يزيدها في أجرها ويزداد في الأيَّام قبل أن تنقضي أيامه التي شرط عليها ؟ فقال : لا يجوز شرطان في شرط ، قلت : فكيف يصنع ؟ قال : يتصدق عليها بما بقي من الأيَّام ، ثم يستأنف شرطاً جديداً ، فإن المراد من الشرطين المدة المتخالفتان والأجر أن المتباينان في شرط ، أي في عقد واحد ، ومقتضاه حينئذ عدم صحة ذلك حتى لو فعله في أول العقد ، بل لعل المراد أنه كما لا يجوز أجلان في عقد واحد فكذا لا يجوز عقد جديد قبل انفساخ عقد الأول ، فيكون أصرح في الدلالة على ذلك وعلى كمال حال فهو واضح الدلالة على المطلوب .

خلافاً للمعكمي عن ابن حمزة والفاضل في المختلف مستظهراً له أيضاً من العماني - وإن كان فيه ما فيه - لاطلاق الأدلة الذي لا ينافية اشتغالها بأجله ، كما لا ينافية عقده عليها في أثناء عدته وإن لم يجز ذلك لغيره ، كما تطابقت عليه

(١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المتعة الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المتعة الحديث ١ .

النصوص (١) و الفتاوى ، خصوصاً بعد تصريح الأدلة (٢) بأنهن "مستأجرات ، ولا ريب في جواز ذلك في الاجارة .
وفيه أنه يجب الخروج عن ذلك كله بما عرفت ، كما أنه يجب تقييد ما ادعى وروده (٣) من نفى البأس عن زيادة الأجل بزيادة الأجر في تفسير قوله تعالى (٤) « ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة » ، إن كان بما عرفت كما هو واضح ، والله العالم . (٥)

(١) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب المتعة الحديث - ٠ - .

(٢) الوسائل الباب -٤- من أبواب المتعة الحديث ٢ و ٣ و ٤ و ٥ الباب -٢٦- منها

الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب المتعة الحديث ٨ .

(٤) سورة النساء : ٤- الآية ٢٤ .

(٥) بما أن كتاب النكاح قسم الى جزئين في النسخة الاصلية المببضة لذلك ذكر هنا ما يأتي : تم المجلد الاول من كتاب النكاح الذي هو المجلد السابع من قسم العقود زاد الله توفيق الشارح ، انه رؤوف ودود ، وبتلوه المجلد الثامن وهو جلد آخر النكاح في نكاح الامام بمون الله خالق الارض والسماء ، ومن هنا افتتح الجزء الثاني منه بالبسملة ، وحيث ان شيئاً من ذلك لم يكن في النسخة الاصلية المسودة لذلك أسقطناه من الكتاب .

﴿ القسم الثالث ﴾

﴿ فى نكاح الاماء ﴾

أى وطنهن* وهو إما بالملك أو بالمقد* لعدم خروج أصل النكاح عن ذلك لقوله تعالى (١) : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيما هم ، وغيره ، والتحليل عقد أو ملك منفعة كما استعرفه إن شاء الله .

* وقد عرفت أن العقد ضربان دائم ومنقطع ، وقد مضى كثير من أحكامهما* المشتركة بين الاماء وغيرهن* * ولكن* يلحق هنا مسائل* .

﴿ الاولى : ﴾

* لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً إلا بإذن المالك* بل ولا يجوز على الأصح أن يعقدا لغيرهما أيضاً ذلك ولا غيره من المعقود ، وإن كان لو وقع ، منهما ترتب الأثر وإن أنما من غير حاجة إلى إذن السيد ، نعم قد يقال بوجوب الأجرة على من له العقد على إشكال فيما إذا لم يكن ذلك بأمره من وصول منفعة مال الغير إليه ومن عدم حصول سبب الضمان منه ، فالأصل البراءة .

وكيف كان* فإن عقد أحدهما من غير إذن وقف على إجازة المالك* بناءً على المختار من صحة الفضولى خصوصاً في النكاح وسيشأ في العبد الذى عن الخلاف الإجماع عليه ، مضافاً إلى المعبرة (٢) المستفيضة فيه ، فإن أجاز انكشف صحة العقد على

(١) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل الباب ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٩ من أبواب نكاح العبيد والاماء .

الأصح وإلا انكشف بطلانه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ والقائل النهاية والنهذيب والمهذب فيما حكى عنها: ﴿ بل تكون اجازة المالك كالعقد المستأنف ﴾ قال فيها : « إن من عقد على أمة الغير بغير إذنه فنكاحه باطل ، فان رضي المولى كان رضاه كالعقد المستأنف » ويمكن بل في كشف اللثام أنه الظاهر إرادة التزول من البطلان فيه كما عن النكت والمختلف ، أو البطلان ان لم يرض المولى ، فيكون موافقاً للمشهور حينئذ وإلا كان واضح الفساد ضرورة عدم التحليل بما لم يقصد منه ذلك ، إذ الفرض رضاه بالعقد السابق .

﴿ و قيل ﴾ والقائل من أبطل الفضولي ﴿ يبطل ﴾ العقد ﴿ فيهما ﴾ أي في العبد والأمة ، وحينئذ ﴿ فتلغى الاجازة ﴾ إذ لا يصير الفاسد في نفسه صحيحاً إلا أنك قد عرفت ما فيه .

﴿ وفيه ﴾ أيضاً ﴿ قول رابع ﴾ قد اختاره ابن حمزة فيما حكى عنه ﴿ مضمونه اختصاص ﴾ قائل ﴿ الاجازة بعقد العبد ﴾ للنصوص (١) الكثيرة ﴿ دون الأمة ﴾ التي نهى عن العقد عليها بدون الاذن (٢) و هو يقتضي الفساد ، بل في بعض الأخبار (٣) النص على البطلان ، وفي آخر أنه ذنا (٤) ومال إليه في الحقائق بل لعلّه ظاهر محكى الخلاف والسرائر .

﴿ و ﴾ لا ريب في أن ﴿ الأول أظهر ﴾ بل الرابع منها واضح الضعف ، ضرورة إرادة النكاح تاماً من دون مراعاة الاذن ولو لاحقاً من النهى المزبور ، وكذا البطلان والزنا كما عرفت في نظائر ذلك ، وخلو النصوص بالخصوص عن التعرض للأمة اتكالا على ما ذكر في العبد الذي يمكن إرادة المملوك الشامل لهما منه ، بل قد سمعت سابقاً

(١) الوسائل الباب - ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤ .

(٣) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ و ٢ .

أنه ورد (١) جواز نكاح أمة المرأة من غير إذنها وإن كنا لم نعمل به .
 على أن بعض النصوص هنا قد اشتملت على التعليل الذي هو كالصريح في عدم الفرق
 بين العبد والأمة ، كحسن زرارة (٢) أو موثقه عن أبي جعفر عليه السلام « سألته عن مملوك
 تزوج بغير إذن سيده ، فقال : ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما ، قلت :
 أصلحك الله إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إن أصل النكاح
 فاسد ، ولا يحل له إجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنه لم يعص الله وإنما عصى
 سيده ، فإذا أجازته فهو جائز له ، وخبره الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضاً سألته عن رجل
 تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه ، فقال : ذلك إلى مولاه
 إن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما ، وللمرأة ما أصدقها إلا أن يكون
 اعتدي فأصدقها صداقاً كثيراً ، فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول ، فقلت
 لأبي جعفر عليه السلام : فأنه في أصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنما أتى شيئاً
 حلالاً ، وليس بعاص لله ، وإنما عصى سيده ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كإتيائه ما
 حرّمه الله عليه من نكاح في عدة واشباهه ، إذ هي صريحه في أن عصيان الله تعالى في
 النكاح الذي هو من قبيل المعاملة يقتضي فساد ، وأن نكاح العبد الغير المأذون إنما
 لم يفسد ، لأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده ، وهذا لا فرق فيه بين العبد والأمة .
 وتحقيق ذلك على وجه يعجى في غير المقام أيضاً أن المعصية المنفية في
 قوله عليه السلام : « لم يعص الله » ليست مطلق المعصية ، بل المراد منها معصية مخصوصة
 تقتضي فساد النكاح ، والمعنى أنه لم يعص الله سبحانه عصياناً يوجب الفساد كما في
 نكاح المحرمات والنكاح في العدة وغيرهما مما يحرم لعينه أو وصفه اللازم كما يدل
 عليه قوله عليه السلام : « إنما أتى شيئاً حلالاً » وقوله عليه السلام : « إن ذلك ليس كإتيائه » إلى آخره
 وإلا فعصيان السيد يستلزم عصيان الله ، لأن الله أوجب على العبد طاعة سيده ، فإذا
 عصى سيده فقد عصى الله ، فلا يصح نفي المعصية عنه مطلقاً ، وإنما يصح نفي المعصية

(١) الوسائل الباب ١٤- من أبواب المتعة .

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٢٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١- ٢ .

الناشئة من أصل النكاح ، فإن معصية الله في نكاح العبد بدون إذن سيده إنما تشأمن عصيان سيده ، وهو أمر خارج عن النكاح مفارق إياه .

وحاصل الوجه المذكور أن المعصية الموجبة لفساد النكاح هي مخالفة أمر الله تعالى في نفس النكاح ، وعصيان المملوك في نكاحه بدون إذن سيده ليس كذلك فإنه قد حصل منه في نكاحه ذلك معصيتاً ، معصية لسيده في أصل النكاح ومعصية لله تعالى باعتبار مخالفته لسيده ، ومن المعلوم أن شيئاً منهما ليس عصيانياً لله في أصل النكاح فلا يكون عصيانه موجباً لفساد النكاح ، فمعنى قوله ﷺ : « إنّه لم يعص الله ولكن عصى سيده » أنه لم يعص الله عصيانياً راجعاً إلى أصل النكاح حتى يفسد نكاحه ، وإنما عصى سيده معصية موجبة لعصيان الله فيما هو خارج عن النكاح ، وذلك لا يوجب فساداً ، وهو صريح فيما اخترناه من التفصيل في الأصول ، وحجة على كل من إطلاقى القول بالفساد وعدمه .

لا يقال : إن ذلك يقتضي الصحة وإن لم تحصل الإجازة ، وهو معلوم البطلان لأننا نقول : عدم الصحة مع فقد الإجازة ليس للتحريم ، بل لاشتراط رضا المولى في صحة النكاح وإن كان متأخراً عن العقد ، فمع حصوله لم يبق إلا عصيانه في فعله ذلك ، وقد عرفت أنه لا يقتضي الفساد ، فيصح العقد حينئذٍ لوجود المقتضي وارتفاع المانع ، فقوله ﷺ : « لم يعص » إلى آخره ، إشارة إلى الثاني ، وقوله ﷺ : « فإذا أجازته » إلى آخره ، إشارة إلى الأول .

كما أن ما يقال : إنّه لا دليل على خصوص المعصية المنفية التي تكون مدار الفساد يدفعه ما عرفت من ظهور الخبرين في عدم اقتضاء المعصية بأمر خارج الفساد ، واقتضاءها ذلك فيما كان راجعاً إلى أصل النكاح أو وصفه اللازم ، كما يشهد له قوله ﷺ : « إنما أتى شيئاً حلالاً » إلى آخره ، على أنه لا إشكال في دلالة الخبرين المزبورين على بطلان إطلاقى القول بالفساد وعدمه ، وذلك يستلزم التفصيل ، إذ ليس في المسألة تفصيل آخر يمكن الحمل عليه .

كما يدفع ما عساه يقال - من أن العصيان مخالفة الأمر ، والسؤال في الرواية

لم يقع إلاّ عن التزويج بغير إذن الذي هو العنوان في كلام الفقهاء ، فالمراد من العصيان حينئذ هو الوقوع بغير إذن ، ولا شك أنّ العمومات تقتضي صحته ، بل المفروض فيما إذا كان هناك دليل شرعي يقتضي الصحة ، وحينئذ يكون معنى قوله عليه السلام : « لم يعص الله » أن فعل العبد موافق لقول الله الذي يقتضي الصحة ، غاية ما في الباب أنّه وقع بغير إذن السيد ، فلو كان السيد هو المعقود له بغير إذنه تكون الاجازة له فكذا العقد على عبده ، لا اتحاد دليل الصحة ومقتضاها ، فالخبر حينئذ دال على عدم الافتضاء كما عليه المعظم ، ولو أريد من العصيان ظاهره لم يصح الحكم بأنّه « لم يعص الله » إلى آخره ، بل كان الأمر بالعكس ، إذا المفروض أنّه لم يقع منه نهي ، وإنما عصى الله في عقده بدون إذن سيده ، لنهي عن ذلك بدون إذن مولاه . بأنّ العصيان إنّما يستعمل في مخالفة الحكم الشرعي ، وإطلاقه على مخالفة الحكم الوضعي كمخالفة الصحة غير مأمود ، وإنما المأمود فيه إطلاق الفساد والبطالان مع أنّ الحمل عليه لا يستقيم في قوله ﷺ : « وإتباعي سيده » إذ ليس للسيد قول يقتضي الصحة حتّى يكون فعل العبد مخالفاً له .

و حمل العصيان هنا على حقيقته مع إرادة المعنى المذكور في قوله ﷺ : « لم يعص » تفكيك ركيك لا يلائمه الحصر ، فانه إنّما هو بالقياس إلى ما نفى في قوله ﷺ : « لم يعص الله » فيكون إثباتاً للمعنى المنفي هناك ، فلا يصح التفكيك على الحقيقة ، على أنّ الحقيقة في قوله ﷺ : « عصى سيده » متعذرة بناءً على ما ذكر من أنّ العصيان مخالفة الأمر إلى آخره ، فينبغي حمله على ما يوجب العقوبة في الجملة وإن لم يكن لمخالفة الأمر ، فيلزم الخروج عن ظاهر اللفظ في الموضعين ، مع التفكيك بحمله فيهما على معنيين مختلفين ، مع أنّ امتناع الحقيقة في قوله ﷺ : « عصى سيده » إنّما اقتضى الصرف عن الظاهر في قوله ﷺ : « لم يعص الله » للزوم التفكيك بدونه على ما يفهم من كلامه ، وإلاّ فالحمل على الظاهر فيه ممكن بارادة نفي العصيان على بعض الوجوه ، فالمدول عنه ليس إلاّ للفرار عن لزوم التفكيك ، (جواهر الكلام - ج ١٣)

والحمل على المعنى المذكور كـ "فيما أريد الفراد منه .

فالصواب أن يقال : إن العصيان في قوله ﷺ : « لم يعص الله » جارٍ على أصله أعنى مخالفة الأمر ، والمعنى أنه لم يخالف أمر الله في النكاح ، فأنه لم يمنعه من النكاح ولم يعصم عليه ، وفي قوله ﷺ : « عصى سيده » مبنى على تنزيل العادة منزلة النهي ، فإنها قاضية بمنع استقلال العبد بالنكاح وأشباهه مما يجب أن يصدر عن أمر المولى ورأيه أو محمول على فعل ما يجب العقوبة وإن لم يكن لمخالفة الأمر مجازاً ، ولا يلزم التفكيك القبيح حينئذ للمناسبة الظاهرة بين المعنيين وصحة الحصر بالقياس إلى المعنى المنفي ، بخلاف الحمل على مخالفة مقتضى الصحة على ما عرفت . ويمكن حمله في الموضعين على ما يوجب العقوبة مطلقاً ، أما في عصيان السيد فلتعذر الحقيقة الموجب للحمل على المجاز ، وأما في عصيانه فلثلاً يختلف ، وحينئذ فلا يلزم التفكيك ، غاية الأمر حصول المعنى في أحدهما بمخالفة الأمر ، وفي الآخر بأمر آخر غير ذلك ، وهذا لا يوجب التفكيك في المعنى المراد من لفظ العصيان ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لم ﴾ كان قد ﴿ أذن المولى ﴾ ابتداء ﴿ صح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ وعليه مهر مملوكه ونفقة زوجته ﴾ كما تقدم الكلام فيه مفصلاً ﴿ وله مهر أمته ﴾ وإن تأخرت الأذن بلا خلاف ولا إشكال ، كما أن الظاهر وجوب النفقة عليه بالإذن المتأخرة للعبد ، لأنها يجب يوماً فيوماً ، فهو بالنسبة إلى المتجدد كالإذن المبتدأة من غير فرق ، ولأنها تلزم كل يوم ، فإنها لا تعيش بلا نفقة ، ولا ملك للعبد ، فلولم نوجبها على المولى بقيت بلا نفقة .

أما بالنسبة إلى المهر ففيه إشكال ، ولعله من أن الاجازة مصححة أو كاشفة وأن الأذن في الشيء إذن في لوازمه التي منها هنا المهر المعلوم لزومه للعقد الصحيح ، والعبد لا يملك شيئاً ، ومن أن العقد لما وقع تبعه المهر ولم يلزم المولى حينئذ ، وإنها رضيت بكونه في ذمة العبد ، وفيهما منع ظاهر ، فالأقوى وجوبه بها بناءً على وجوبه بها في السابقة ، لعدم ظهور الفرق بينهما عند التحقيق .

نعم في القواعد احتمال ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد المتجدد ، و منه ربح تجارته ، فيصرف حينئذ ما يكسبه كل يوم في نفقتها ، فما فضل يعطي من المهر حتى إذا وفى أعطى الفاضل لمولاه ، ولا يدخر لنفقة اليوم الأتي شيئاً ، فان نفقة كل يوم إنما تتعلق بكسبه ، وعلى هذا لا يضمن السيد شيئاً من النفقة والمهر إن أعوز الكسب ، لأنهما لم يتعلقا بذمته ، بل بمال معين له ، كما أن أرض الجناية يتعلق برقبته لا بذمة المولى ، وإنما يجب عليه أن يمكّنه من الاكتساب بما يفي بهما ، فإن منعه من الاكتساب بأن استخدمه يوماً أو أياماً فأجرة المثل ، لأنه كالأجنبي ويحتمل وجوب أقل الأمرين من الأجرة والكسب ، وتحتمل أقل الأمرين من الكسب والنفقة إن وفي المهر ، هذا كله في ذى الكسب .

أما إذا لم يكن ذا كسب أو قصر كسبه عن النفقة احتتمل ثبوتها في رقبته وفي ذمة المولى ، بل عن الشيخ في المبسوط ثبوت النفقة في رقبته حتى في ذى الكسب ، فيباع حينئذ كل يوم جزء منه فيها إن امكن وإلا فجملة ، ولم يذكر المهر ، ولعله أولى بتعلقه بها من النفقة ، لكونه عوض البضع ، فتنزله منزلة أرض الجناية أظهر اللهم إلا أن يقال : إنها لما مكنته من نفسها فقد رضيت بالتأجيل فيتبع به بعد العتق وقد يحتمل أيضاً عدم وجوب الكسب على العبد في النفقة مع عدم التزام المولى بها ، فتخير الامرأة حينئذ بين العسر إلى أن يتمكن العبد من الاتفاق عليها و بين الفسخ بنفسها أو بالحاكم بناءً على جواز ذلك في زوجة المعسر عن الاتفاق ، ولكن قد عرفت التحقيق في ذلك كله هناك ، فلاحظ وتأمل .

وكيف كان فلو اشترته زوجته أو اتهمته انفسخ النكاح ، فان كان قبل الدخول سقط نصف المهر الذي في ذمة السيد ، لكونه انفساخاً قبل الدخول باختيارها ، مع من عليه المهر ، فتكون كالخالعة قبل الدخول ، ويحتمل سقوط جميعه ، لأنه فسخ من قبلها من دون اختيار للزوج ، وهو مسقط للمهر ، وإن ضمنه غيره فان اشترته من مولاه بالمهر الذي لها في ذمته بطل الشراء على الثاني ، لخلو البيع حينئذ عن العوض ، فصحته حينئذ تقتضي بطلانه ، و بطل النصف خاصة على الأول ، نعم لها

شراؤه بما يساوى المهر في الذمة ، ثم نقاصه ، كما أنه يصح شراؤه بالمهر المضمون بعد الدخول ، ضرورة استقراره ، نعم في القواعد و لوجوزنا إذن المولى في تكاح العبد على وجه يكون المهر في ذمة العبد - لأن له ذمة ولذا يضمن المتلفات - فاشترائه به بطل البيع ، أي قبل الدخول و بعده ، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر فيخلو البيع عن العوض ، فتأمل .

ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين اتحاد المالك وتعددده كما أشار إليه المصنف بقوله : ﴿ وكذا لو كان كل واحد منهما ﴾ أي العبد والأمة ﴿ لمالك أو أكثر ﴾ و حينئذ ﴿ ف ﴾ ان ﴿ اذن بعضهم لم يمس إلا برضا الباقيين أو اجازتهم بعد العقد على الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده المقتضية صحة الفضولى الذى من جملة محل الفرض ، كما تقدم الكلام فيه مفصلاً .

المسألة الثانية ﴿ ﴾

﴿ إذا كان الأبوان رقاً كان الولد كذلك ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لأن نماء المال ملك لمالكه ﴿ فان كانا ﴾ أي العبد والأمة ﴿ لمالك واحد فالولد له وإن كانا لثنين كان الولد بينهما نصفين ﴾ وفاقاً للمشهور بين الأصحاب ، بل كافتهم عدا أبي الصلاح ، فجعله لمولى الأمة كسائر الحيوانات ، وفيه أن السبب هنا في التنصيف اقتضاء العقد لحق الأولاد بهما ، والفرض عدم مزية لأحدهما على الآخر كي يختص اللحق به . كما يرمى إليه ما تسمعه من نصوص (١) تزوج العبد حرة و بالعكس الظاهرة في كونه اللحق هناك للحر منهما ، باعتبار أشرفيته الثنى منها يعلم التساوى في اللحق بهما مع عدم المزية ، أمّا إذا لم يكن ثمّ لحق لعدم العقد كما في زنا العبد بأمة فانه يلحق بالأم كما صرح به الفاضل في القواعد وغيره ، بل لم يحك فيه خلاف ، لكونه نماء لها كباقي الحيوانات ، ولعلّ الوجه فيه أن الاعتقاد

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث - .

من نطفة الأم و أن نطفة الفحل من المعداد كما عساه يشهد له ما قيل من اتفاق الاعتقاد من رائحة مني الفحل ، فهي حينئذ كالماء في نبات الأرض ، أو أن الوجه فيه عد ذلك من نماء الأم وتوابعها عرفاً ، نحو البيض في الطير مثلاً والتمر في الشجر أو غير ذلك .

أمّا لو زنى العبد بحرة فلا لحوق شرعاً ، والأصل الحرية ، لكن في كشف اللثام أنه قطع الأصحاب برقية الولد من الحرة التي تزوجت عبداً غير مأذون عالمه بذلك وكأنه مناف لذلك ، أللهم إلا أن يحمل العقد بالنسبة إليه شبهة أو في حكمها لنقصان عقله ، فينتج حينئذ الرقية باعتبار تحقق سبب اللحوق به بالنسبة إليه دونها ، كما لو تزوجت أمة حراً بغير إذن مولاه عالمها بذلك ، فإن ولدها منه رق ، لعدم اللحوق به ، لكونه زانياً ، وهي كالمشبهة ، لنقصان عقلها ، فيبقى ولدها رقاً مضافاً إلى أنه نماء الملك ، نحو ما لو زنى الحر بأمة ، فإن الولد رق ، لعدم اللحوق ، فانه لا سبب له شرعاً ، ولكن يبقى مقتضى تبعية نماء الملك .

أما لو تزوج عبد غير مأذون بأمة غير مأذونة فالظاهر التنصيف أيضاً إجراء لحكم العقد منهما مجرى الشبهة الملحقة بالنكاح الصحيح المقتضى للحقوق الولد بهما كما عرفت .

وعلى كل حال فالتنصيف في المتن وغيره كما عرفت لكونه نماء ملكهما كما علم به غير واحد ، حتى أشكله في المسالك وكشف اللثام والحدائق بعدم ظهور الفرق بين الانسان وغيره من الحيوانات التي لا إشكال في تبعية النماء للأم فيها ، إذ قد عرفت أن الانسان كغيره أيضاً في ذلك حيث لم يكن عقد أو ما هو بمنزلة العقد من الشبهة للطرفين أو أحدهما ، بل لعله لذا وجب على من اشترى أمة وأولدها ثم بان أنها للغير دفع قيمة الولد ، كمن تزوجها على أنها حرة فبان أنها أمة ، وغير ذلك مما ذكرناه وما لم نذكره مما هو مبني أيضاً على كون الانسان كالحيوان في التبعية للأم ، فتأمل جيداً .

﴿ ولو اشترطه ﴾ أي الولد ﴿ أحدهما أو شرط زيادة عن نصيبه لزم الشرط ﴾

بلا خلاف أجدّه فيه لعموم « المؤمنون عند شروطهم » (١) بل لا يبعد صحة هذا الشرط في الحيوانات غير الإنسان أيضاً، بل في كل مال مشترك شركة تقتضي الشركة في الفرع على حسب الأصل لولا الشرط ، وليس ذلك من الشرائط المخالفة للسنة ، فإن تبعيّة الملك للنماء لا تنافي تملك من هو له بالشرط لغيره كما يملك ماله المعين به ، واحتمال الفرق بكونه في الثاني كالهبة بخلافه في الأول يدفعه ظهور النص (٢) والقنوى في صحة التملك بالشرط لكأن ما يقبل التملك مجافاً أو بالعوض وإن لم نقل بقيام الشرط مقام الأسباب في غير ذلك ، ولعلّه لعدم انحصار نحو هذا التملك بسبب خاص ولفظ كذلك ، فيكفي فيه حينئذ الرضا بالشرط ممن اشترط عليه ، ويكون ذلك بمنزلة الإيجاب والقبول في ضمن عقد لازم ، فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع ، أو يقال : إنه من اشتراط إسقاط حقه من النماء واختصاص الحق بالآخر أو غير ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ لو كان أحد الزوجين حراً لحق الولد به سواء كان الحر هو الأب أو الأم ﴾ وفقاً للمشهور لاصالة الحرية و غلبتها ، والمعتبرة المستفيضة ، كمرسل مؤمن الطاق (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « إنّه سئل عن المملوك يتزوج الحرة ما حال الولد ؟ فقال : حر » ، فقلت : والحر يتزوج المملوكة ، قال : يلحق الولد بالحرية حيث كانت ، إن كانت الأم حرة أعنتق بأمّه ، وإن كان الأب حراً أعنتق بأبيه » وخبر جميل و ابن بكير (٤) في الولد بين الحر والمملوكة قال : « يذهب إلى الحر » منهما « وخبر جميل (٥) أيضاً » سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار ، وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار ، وخبره (٦)

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة .

(٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٧ - ٤ .

(٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٦ .

(٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٨ .

أيضاً « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمة أو عبد تزوج حرة ، قال : فقال لي : ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً إنته يلحق بالحر منهما أيهما كان : أبا أو أمّاً » إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك ، مؤيداً بأصالة الحرية وبنائها على التغليب ، وقد عرفت أن مقتضى المقدس التشريعي في الولد ، فيكون جزءاً منه حراً ويسري إلى الجزء الآخر تغليباً ، مضافاً إلى أصالة عدم لحوق أحكام العبيد من التحجير وغيره مما هو منافٍ لإطلاق « أوفوا بالعقود » (١) ونحوه .

خلافاً للإسكافي فقال - كما في المختلف - : « إذا تزوج الأمة سيدها ومولاتها فولدت فهو بمنزلتها رق إلا أن يشترط الزوج عتقهم ، ولو تزوجت بعده فولدت كان المولى بالخيار في الولد ، إن شاء أعتق ، وإن شاء رق مالم يشترط الثاني كما اشترط الأول » نعم حكى عنه في المختلف أنه حكم بأن العبد إذا تزوج الحرة كان ولده أحراراً كقولنا ، فدليلة فيما ذكر حسن الحلبي وصحيحه (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوج أمة من رجل وشرط له أن ما ولدت فهو حر ، فطلقها زوجها أومات عنها فزوجها من رجل آخر ، ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها ما جعل ذلك إلا للأول ، وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء أمسك » وصحيح البصري (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً « في رجل تزوج جاريته رجلاً واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر فطلقها زوجها ثم تزوجها آخر فولدت منه ، قال : إن شاء لم يعتق » وخبر أبي بصير (٤) عنه عليه السلام أيضاً « أن رجلاً دبّر جارية ثم تزوجها من رجل فوطأها كانت جاريته ولدها منه مدبرين ، كما لو أن رجلاً أتى قوماً فنزّوج إليهم مملوكيهم كان ما ولد لهم ممالك » وصحيح أبان (٥) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكه ثم تزوجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها وترك أولاداً منها فقال : أولاده منها كهيئتها ، فإذا مات الذي دبّر فهم أحرار ،

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) (٣ و ٤) الوسائل الباب ٣٠ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١٣ - ١١ - ١٠ .

(٥) (٥) الوسائل الباب ٧ - من أبواب التدبير الحديث ١ .

قلت : أيجوز للذي دبراً لهم أن يرد في تدبيره إذا احتاج ؟ قال : نعم ، قلت : أرايت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحر أيجوز لسيدها أن يبيع أولادها أو يرجع عليهم في التدبير ؟ قال : إثمها كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج ورضيت ، وخبر عبدالله بن سلمان (١) في حديثه « سأله عن رجل زوج ولديه رجلاً ، قال : أول ولد تلد منه فهو حر » ، قلت : فتوفي الرجل وتزوجها آخر فولدت له أولاداً ، فقال : أما من الأول فهو حر ، وأما من الآخر فإن شاء استرقهم ، وخبر الحسن بن زياد (٢) قلت له : « أمة كان مولاهما يقع عليها ثم بداله فزوجها ما منزلة ولدها » قال : منزلتها إلا أن يشترط زوجها ، مؤيداً ذلك كله بأنه نساء ملكه ، ومعلومية تقدم حق العبد على حق الله ، إلا أنها - وإن كان فيها الصحيح وغيره - قاصرة عن معارضة السابقة المفتي بمضمونها ، الموافق لما عرفت ، المخالف للعامة الذين جعل الله الرشد في خلافهم ، ومن هنا حكى عن بعضهم حمل هذه الأخبار على التقيّة ، كما أنه يمكن حملها على كون الرجل عبداً أو حراً قد اشترط عليه ذلك ، بناءً على صحة الشرط أو غير ذلك مما لا بأس به بعد وضوح قصورها ولو بالأعراض من الطائفة المحقة .

فلا مناص حينئذ عن القول بالحرية مع حرية أحدهما ﴿ إلا أن يشترط المولى ﴾ للامة أو العبد ﴿ رق الولد ﴾ إثمته ﴿ إن شرط لزم الشرط على قول مشهور ﴾ بين الأصحاب ، بل لم أجد فيه تردداً فضلاً عن الخلاف قبل المصنف ، بل ظاهر حمل الشيخ والفاضل خبر أبي بصير السابق (٣) على الشرط المفروغية عنه ، ولعله لعموم « المؤمنون » (٤) وإطلاق النصوص المزبورة الشامل لحالي الشرط وعدمه ، كشمول إطلاق الأدلة إلا أنها رجحت على هذه في صورة عدم الشرط بالعمل بين الأصحاب

(٢١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١٢ - ١٢

والاول عن عبدالله بن سليمان .

(٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١٠ .

(٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ .

عدا ابن الجنيـد ، فـلـتـرجـح هـذه عـلى تـلك أـيـضاً بـالـعـمـل بـيـن الأـصـحـاب فـي صـورـة الشرط عـلى أن شرط الرقية في الفرض نحو شرط الحرية التي صرح بصحته فيها وإن كان لا يفيد إلا على مذهب ابن الجنيـد ، ضرورة اشتراكهما في كونهما شرطى نتيجة شرعية لأسباب خاصة ، فمع فرض صلاحية الشرط للأول منهما يتجه صلاحيته للثاني منهما ، بل هو لازم له عند التأمل ، واستبعاد صلاحية الشرط لذلك اجتهدا في مقابلة النص .

ودعوى عدم صلاحية الشرط لرقية الحر - وإلا لصح اشتراطها في المتولد من الحرين - يدفعها أن المسلم امتناعه تأثير الشرط في رقية المتصف بالحرية فعلاً بل والمستعد لها مع عدم مقتضى لها غيره ، كالمتولد من الحرين ، فإن رفع اليد من كل من الأبوين عن مقتضى تأثير إطلاق العقد الشركة يقتضى عدم لحوق المتولد منهما بكل منهما في الصفة ، وذلك لا يقتضى الرقية ، بل أقصاه نفي حرية من حيث التبعية ، أما حرية الأصل فهي باقية لم ترتفع بشيء بخلاف ما نحن فيه ، فإن رفع يد الحر عن مقتضى ما أنبته العقد له من الشركة في الولد يقتضى اختصاص الآخر بالنماء فيتبعه في الملك حينئذ ، ففي الحقيقة سيورته رقاً بالتبعية لا بالشرط ، وإنما أفاد رفع مقتضى الحرية الذي كان حاصلًا بسبب إطلاق العقد ، بل عند التأمل الجيد لا يزيد ما نحن فيه على اشتراط مالك العبد على مالك الجارية كون النماء له وبالعكس الذي قد ذكرنا أنه لا خلاف في صحته .

و دعوى منع صلاحية الشرط لذلك أيضاً ممنوعة ، فانه لا عقل ولا نقل يقتضى حرية المتولد بين الحر والمملوك على وجه يناهى الشرط المزبور ، بل لعلهما شاهدان على خلافه كما عرفت ، نعم أقصى ما دلت عليه الأدلة أنه مع الإطلاق يقتضى الشركة في الولد ، فيكون جزؤه حراً ، وقد عرفت غير مرة أن الحرية تسرى لبنائها على التغليب ، فمن هذه الجهة حكم بالحرية في النصوص المزبورة مع الإطلاق ، وهو المراد من قوله فيها : « ليس يسترق الولد » إلى آخره ، لأن المراد أنه لا يصح الاشتراط على الحر من مولى المملوك كون النماء له الذي قد عرفت ظهور الأدلة في خلافه .

بل منه يعلم ما في كلام هؤلاء المتأخرين الذين أقدموا على مخالفة الحكم المسلم فيما بينهم بمثل هذه التشكيكات ، ضرورة أنه إن كان المانع أن الشرط غير صالح لاثبات النتائج من دون أسبابها فلا معنى لاثبات الرقية به ، ففيه بعد التسليم أنه كاشتراط كون النماء له في المملوكين وغيره مما جاء بالأدلة ، وإن كان المانع أنه شرط غير مقدور باعتبار أن رقية الولد ليست للأب كي يصح اشتراط ذلك عليه ، ففيه منع كون ما نحن فيه من هذا القبيل ، بل هو من اشتراط مولى المملوك أن النماء له ، فيتبعه في الملك ، وليس في العقل ولا في النقل ما يدل على عدم صحة اشتراط ذلك ، بل هما شاهدان لنا على الصحة ، ولا ينافيه استعداد النطفة للحرية لولا الشرط للتقريب الذي ذكرناه ، فهو في الحقيقة اشتراط إسقاط ما اقتضاء إطلاق العقد من الشراكة في النماء كغيره من الشرائط ، لا من اشتراط رقية الحر كي يكون من المستبشعات .

بل منه يعلم النظر في حصرهم الدليل في خبر أبي بصير (١) الذي ناقشوا فيه بالضعف تارة ، وبكونه مقطوعاً في رواية التهذيب أخرى إلى إطلاق الروايات المعتبرة المعتمدة بفتوى الأئمة ينكر صراحتهما في قابلية الشرط لحرية وعكسه مما يصلح لاثباته بالشرط بالنافع ، مضافاً إلى ما سمعناه من النص عن اشتراط رقيته .

و على كل حال فعلى القول ببطا

حرية الولد مع الوطاء شبهة ، لعدم العلم .

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحد.

(٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

حينئذ لكونه من الزنا المقتضى لعدم لحوق الولد ، فتبقى قاعدة تبعية النماء للملك سالمة حينئذ ، أمّا على القول بعدم اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد فلا ريب في ثبوت الحرية ، ضرورة كون العقد حينئذ كالمطلق ، وإن كان قد يقال : إن إقدام المالك على ذلك يقتضي إثبات القيمة له على الحر ، لكنه كما ترى .

أمّا على القول بصحة الشرط فلا إشكال في ترتب مقتضاه حينئذ ، بل في القواعد والمسالك وغيرهما أنه لا يسقط بالاسقاط وإنما يعود الولد إلى الحرية بسبب جديد كملك الأب له ، وفيه منع عدم صلاحية الشرط المزبور للاسقاط ، لتناول ما دل على صحة إسقاط مثله له ، فيعود حينئذ بعد الاسقاط إلى اقتضاء العقد الحرية بالتقريب الذي عرفته ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا تزوج الحر أمة من غير إذن المالك ﴾ سابقاً ولاحقاً ﴿ ثم وطأها قبل الرضا عالماً بالتحريم ﴾ ولم يلحقه ثم رضى ﴿ كان زانياً ﴾ قطعاً ﴿ وعليه الحد ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لأن المراد قبل تبين الرضا مع احتمال حصوله ، إذ ذاك ليس بزنا قطعاً وإن أم هو أيضاً به ، لكن من المحتمل مصادفته للزوجة واقعاً ، لاحتمال حصول الإجازة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، نعم يترتب عليه تعزير باقداحه المحرم عليه ، بل والحد أيضاً ، بناءً على أن الإجازة نافذة ، لكن التحقيق أنها كاشفة كما عرفت في محله .

﴿ وعلى كل حال لا مهر ﴾ لها عند المصنف وبعض ﴿ إذا كانت عالمة مطاوعة ﴾ لأنها حينئذ ، بغية ، ولا مهر لبغية وليس منفعة البضع على حسب غيرها من الأموال التي تضمن بالاستيفاء على كل حال ، بل وكذا باقي الاستمتاع ، ومن هنا لم يترتب عوض على من استمتع بأمة الغير بغير الوطء وإن ضمن الأجرة لو استخدمها ، وإنما يضمن البضع خاصة في الأمة بالمقد أو الشبهة أو الأكرام .

لكن فيه - مضافاً إلى ما تسمعه من الصحيحين - (١) أن الخبر (٢) ظاهر في الحرية بقرينة ذكر المهر المتعارف إطلاقه على صداقها ، بخلاف عوض بضع الأمة المسمى بالعقر ونحوه ، ومن هنا سميت الحرية مهيرة دونها ، على أن قوله عَلَيْهَا (٣) «لبني» يقتضي الملك أو الاستحقاق المنفيين عن الأمة التي مهرها لسيدها ، فهو حينئذ قرينة ثابتة على إرادة الحرية من الخبر ، ولو سلم إمكان إرادة الاختصاص نحو السرج للدابة فهو مجاز لا قرينة عليه ، مؤيداً ذلك كله بعدم صلاحية بنيتها لاسقاط حق الغير ، فإن ذلك ليس عقوبة لها ، و بمنع عدم مالية بضع الأمة الذي لا وجه لقياسه على غيره من الاستمتاع لو سلم الحكم في المقيس عليه باعتبار عدم عدّه ما لا في العرف والشرع بخلاف الوطء المقابل به عرفاً وشرعاً .

هذا وفي وجوب المسمى عليه أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً وجوه بل أقوال لا يخلو الأخير منها من قوة ، وفاقاً للمحكي عن ابن حمزة واختاره سيّد المدارك والرياض على ما حكى عن أولهما ، لصحيح الوليد بن صبيح (٤) عن الصادق عليه السلام في « رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة دلست نفسها له ، قال : إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد ، قال : قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ قال : إن وجد ما أعطاها فليأخذها ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وإن كان زوجها أياً ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، و لمواليها عشر قيمة ثمنها إن كانت بكراً وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، قال : وتعتد منه عدة الأمة ، قلت : فإن جاءته منه بولد ، قال :

(١) الوسائل الباب - ٦٧٣٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ منهما .

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦ .

(٣) لم نثر على ما اشتهر « لامهر لبني » وإنما الموجود في سنن البيهقي ج ٦ ص ٦

« نهى النبي ص عن ... مهر البني » و « لا يحل .. ولا مهر البني » وأنه « سحت » أو « خبيث » .

(٤) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى ، الظاهر في أن ذلك بسبب ما استوفاه من منفعة البضع التي لا فرق في كيفية استيفائها بزنا أو شبهة ، عقد أو شراء أو غير ذلك ، كما يؤيده فتوى المشهور بين الأصحاب في باب البيع أن من اشترى أمة فخرجت مستحقة للغير أغرم له ذلك ، حتى أن المصنف نفسه أفتى به هناك ، بل ظاهرهم ما صرح به بعضهم هناك من عدم الفرق بين كون الأمة عاملة وغير عاملة إلا من الشهيد في الدروس .

واحتمال اختصاص ذلك بصورة الوطء شبهة لا ما يشمل الزنا الذي هو محل البحث بقرينة قوله عليه السلام : « بما استحل » يدفعه أولاً ظهور إرادة المقابلة من قوله عليه السلام : « بما استحل » لا خصوص الوطء بعنوان كونه حلالاً له ، نحو قول أبي جعفر عليه السلام في خبر زارة (١) الذي سئل عن اشترى جارية ثم ظهر كونها مستحقة بالبينة « ترد إليه جاريته ويعوضه مما اقتنع » بناء على إرادة ذلك منه ، على أن صحيح الفضيل بن يسار (٢) صريح في عدم مدخلية الاستحلال « سأل الصادق عليه السلام عما إذا أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتنّها ، قال : لا ينبغي له ذلك قال : فإن فعل أيكون زانياً ؟ قال : لا ولكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرًا وإن لم تكن بكرًا فنصف العشر » بل من إطلاق الصحيحين يعلم الحكم في أصل المسألة ، وأنه لا مدخلية لبغيها في سقوط حق المولى خصوصاً إذا كانت بكرًا ، فانه ينبغي القطع بثبوت ذلك له .

و احتمال القول بخروجه عن محل البحث باعتبار كونه جنائية على المملوك موجبة لنقصه فضائه من هذه الحيثية لا من حيث كونه مهرًا يدفعه معلومية كون العشر الذي أثبتته الشارع نصفه أرشاً للمبكرة ونصفه من حيث الانتفاع بالوطء ، بقرينة قوله عليه السلام : « وإن لم تكن بكرًا فنصف العشر » كما هو واضح بأدنى تأمل .
و منه يعلم الحكم فيما لو كان المتزوج بالأمة من غير إذن سيدها عبداً وكانت

(١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

بكرأ ، فإن الذي يتعلق برقبته نصف العشر وبذمته النصف الآخر ، لكن في القواعد « إن قلنا : إنه أرض جنابة تعلق برقبته فلا بد أن يباع فيه ، وإن قلنا : إنه مهر تبع به بعد العتق » وفي كشف اللثام « الأقوى الأول خصوصاً بالنسبة إلى المولى ، وعدم ضمان الأرض بوطء الحرائر لأنه تابع للوطء ، فهو جنابة مباحة كالاختتان والخفض » وفيه ما عرفت من أن الظاهر تحقق الجنابة فيه والوطء ، ولكل موجب كما عرفت .

بل منه يظهر أن ذلك تقدير شرعى لبضع الأمة في جميع أحوال استيفائه بغير العقد الصحيح من غير فرق بين الزنا وغيره ، والعلم والجهل من الواطيء أو الأمة ، للتعليل ، والقطع بعدم الفرق في مورد الصحيحين وغيره كما اعترف به في الرياض ، فالصور الأربعة المذكورة في المسالك وغيرها متحدة بالنسبة إلى هذا الحكم كغيرها من صور وطء الأمة بغير العقد الصحيح ، والله العالم .

﴿ وعلى كل حال فلا إشكال في أنها ﴾ لو أنت بولد كان ﴿ الولد ﴾ رقاً لمولاه ﴿ لكونه نماء ملكه ، والفرس عدم العقد المقتضى لثبوت النسب ، فهو كولدها منه زناً من غير عقد ، كما أنه لا إشكال في ضمانه أرض عيبتها بالولادة إن تعيبت بها ، كما عن ابن حمزة التصريح به ، هذا كله فيمن وطأ بلا إذن عالماً بالتحريم .

﴿ وأما ﴾ إن كان ﴾ أي ﴾ الزوج جاهلاً ﴾ بحرمة ذلك عليه ﴿ أو كان هناك شبهة ﴾ وطأها بها بعد العقد كأن وجدها على فراشه ﴾ فلا حد ﴿ قطعاً لعدم تحقق موجه ، وهو الزنا ﴾ ووجب المهر ﴿ الذي هو العشر إن كانت بكرأ ، ونصفه إن كانت ثيباً عندنا وإن كانت هي غير مشتبهة ﴾ وكان الولد حرأ ﴿ إجراء للشبهة - وإن لم تكن عن عقد - مجرى العقد الصحيح في حصول النسب المقتضى للحرية على الوجه الذي ذكرناه . ﴾ لكن يلزمه قيمته لمولى الأمة ﴿ لكونه كالمثل مال غيره بغير إذنه ، ضرورة كونه نماءً للجارية وتابعاً لها ، كما أوضحناه سابقاً ، ووقت تقويمه ﴾ يوم سقط حياً ﴿ إذ مع السقوط ميتاً ليس بمال كما أنه

كذلك قبله أيضاً ، فأول أزمان تموله الذي قد حال بينه وبينه يوم سقوطه ، فيفرد حينئذ بالتقويم في ذلك الوقت ، ويضمن له قيمته ، كما أوضحناه في باب البيع .

﴿ وكذا لو عقد عليها لدعواها الحرية ﴾ بالأصل أو بالعارض مع قيام بيسنة لها بذلك أو قرائن أفادت القطع به أو الظن مع القطع بكفايته في الاقدام على تزويجها جهلاً على وجه يعذر فيه أو نحو ذلك مما يكون به العقد والوطء شبهة بعد أن بان فساد دعواها ، فانه لا أحد حينئذ قطعاً ، لعدم موجبه بعد فرض الشبهة ، و ﴿ ازمه المهر ﴾ المسمى في قول ضعيف ، ضرورة بثبوت فساد العقد المقتضى له من أصله لا من حينه ، كما عساه يتوهم من بعض العبارات ، ولا دليل يعتد به على احوق عقد الشبهة بالصحيح بالنسبة إلى ذلك ، كما تقدم البحث في نظائره التي قلنا بوجود مهر المثل فيها الذي هو المتبجج هنا لولا الصحيح المزبور المعتضد بالصحيح الآخر .

﴿ ومن هنا كان الأقوى ما ﴾ قيل ﴿ من ﴾ عشر قيمتها إن كانت بكرأ ، ونصف العشر إن كانت ثيباً ﴾ بل ظاهر قول المنصف ﴿ وهو المروى ﴾ (١) الميل اليه هنا وإن كان الظاهر عدم الفرق بين جميع أحوال وطء الأمة بغير العقد الصحيح المذكور فيه المسمى كما عرفت الكلام فيه مفصلاً ، بل ظاهر الأصحاب الاتفاق هنا على عدم الفرق بين كونها بغياً وغير بغى ، بل في المسالك عن بعضهم دعوى إجماع المسلمين عليه ، وهو مما يؤيد ما قلناه سابقاً من وجوب المهر لها وإن كانت بغياً ، ضرورة عدم الفرق المجدى بين الموضعين ، كما هو واضح .

﴿ وعلى كل حال ﴾ لو كان دفع اليها مهرأ استعداد ما وجد منه ، ﴿ لكونه باقياً على ملكه ، و تبعها بالتالف منه بعد العتق ، و يغرم للمولى ما يستحقه عليه ، كل ﴾ على مختاره فيه ، حتى أنه لو قلنا بكون اللازم له المسمى و فرض دفعها اليها و كان تالفاً وجب دفع مثله أو قيمته اليه ، لكونه مضموناً عليه حتى يوصله إليه ، وقد بان أن الوصول اليها وصول إلى غير المستحق ، كما هو واضح .

(١) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

﴿و﴾ لو أولدت منه ﴿كان ولدها منه رقاً﴾ عند الشيخ وأتباعه ، بل في الحدائق أنه هو المشهور ، بل لعله خيرة المصنف بناءً على أن ذلك منه ، لا أنه مقول قيل ، فيكون منافياً لما اختاره سابقاً في شبهة الزوج بغير دعوى الحرية ، ولعله لخصوص النصوص (١) هنا .

لكن الأقوى عدم الفرق بين أفراد الشبهة في حرية الولد ، وفقاً للمحكي عن المبسوط والسرائر ونكت النهاية ، للأصل ولظهور الأدلة في كونه كالعقد الصحيح في لحوق النسب المقتضي لحرية الولد على الوجه الذي قد عرفته سابقاً ، مضافاً إلى أصالة الحرية ، وأصالة عدم لحوق أحكام العبيد ، وإلى خصوص ما في ذيل صحيح الوليد بن صبيح (٢) الذي هو دليل المسألة ، ولا داعي إلى حمل ذلك فيه على الإنكار دون الإخبار بقرينة الشرط فيه المحمول على إرادة تقرير موضوع الحكم بالحرية لا التعليقية ، أو على كون الأب قد ردّ تمنهم الذي هو كما ترى ، المعتضد بصحيح محمد بن قيس (٣) عن أبي جعفر عليه السلام : « في رجل تزوج جارية رجل على أنها حرة ثم جاء رجل آخر فأقام البينة على أنها جاريته ، قال : يأخذها ويأخذ قيمة ولدها ، الظاهر في حرية الولد ، وإلا كان الجائر له أخذها وأخذ ولدها ، بل وبالنصوص (٤) في الأئمة المشتراة ثم بان أنها مستحقة للغير المتقدمة في كتاب البيع ، بناءً على عدم الفرق بين أفراد الشبهة ، بل وبموثق سماعة (٥) سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٨ عن محمد بن

على بن الحسين ، عن أبي جعفر عليه السلام ، إلا أن الموجود في الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ - الرقم ١٢٤٦ و روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام

(٤) الوسائل الباب ٨٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٥) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥.

عن مملوكة أمت قوماً وزعموا أنها حرّة فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً ثم إن مولاهما أتاها ف أقام عندهم البيّنة أنها مملوكة أو أقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاهما هي و ولدها ، و على مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه ، قلت : فان لم يكن لأبيه ما يأخذ به ابنه ، قال : يسمى أبوه في ثمنه حتّى يؤديه ، وبأخذ ولده ، قلت : فان أبى الأب أن يسمى في ثمن ابنه ، قال : فعلى الامام أن يفديه ، ولا يملك ولد الحر ، فانه صريح في كون الولد حراً بناءً على ما في جامع المقاصد من أنه ضبطه المحققون بالوصف لا الاضافة ، فيكون المراد حينئذ أنه ولد حر والولد الحر لا يكون مملوكاً ، فيجب على الأب أو الامام فداؤه .

ومنه يعلم حينئذ أن دفع القيمة ودفع الولد لمولى الجارية لا لكونه مملوكاً ، بل لاستحقاقه القيمة على الأب ، فمن الغريب استدلال بعضهم به على الرقية ، كالاستدلال عليها أيضاً بحسن زرارة (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أمة أبقت من مواليها فأنت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرّة ، فوثب عليها رجل فتزوّجها ، فظفر بها مولاهما بعد ذلك وقد ولدت أولاداً ، فقال : إن أقام الزوج البيّنة على أنه تزوّجها على أنها حرّة أعنتق ولدها وذهب القوم بأمّتهم ، وإن لم يقم البيّنة أوجع ظهره واسترق ولده » و موثق سماعة (٢) الآخر « سأله عن مملوكة أمت قبيلة غير قبيلتها فأخبرتهم أنها حرّة ، فتزوّجها رجل منهم ، فولدت له ، قال : ولده ممالك إلا أن يقيم البيّنة أنه شهد لها شاهدان أنها حرّة فلا يملك ولده ، ويكونون أحراراً ، و موثق محمد بن قيس (٣) الآخر عن أبي جعفر عليه السلام « قضى علي عليه السلام في امرأة أمت قوماً فأخبرتهم أنها حرّة ، فتزوّجها أحدهم وأصدقها صداق الحرّة ، ثم جاء سيدها ، فقال : ترد عليه ، و ولدها عبيد » و ذلك لأن حسن زرارة ظاهر أو صريح في إرادة بيان أن الأصل تبعية النماء للجارية في المملوكية للسيد حتّى يقيم البيّنة أنه تزوّجها حرّة مشتبهاً وإلا كان الولد رقاً ، بل هو المراد من موثق سماعة المزبور وإن كان قد اقتصر

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣-٢-٤ .

فيه على ذكر بعض أفراد الشبهة ، وهو إقامتها البينة ، بل منه يعلم المراد في موثق محمد بن قيس ، فليس شيء من هذه النصوص دالاً على رقية الولد في هذا الفرد من الشبهة ، بل حاله كحال غيره من أفرادها .

ومن ذلك يعلم ما في الجمع الذي ذكره في الحقائق وأطنب فيه ، وحاصله « إنه إن كانت الشبهة الحاصلة بشهادة الشاهدين لها على الحرية فأولادها أحرار من دون دفع قيمة ، لأنه أخذ بظاهر الشرع ، وإن كانت بدعواها العتق مثلاً مع ظهور قرائن تورث الظن بصدقها وتوهم الحل بذلك فأولادها أرقاء ، ولكن يفكّهم أبوهم بالقيمة ، لكونه ليس حلالاً صرفاً كشهادة الشاهدين حتّى يكون الولد حراً ، ولا زناً صرفاً حتّى يكون رقاً ، بل كان شبهة فيه شائبة زناً ، فكان حكمه الرقية التي يكون للأب سلطنة على الفكّ جمعاً بين الشبهة وشائبة الزنا » .

لكنه كما ترى لا شاهد له ولا مقتضى ، والعذر الشرعي ولو بينة لا ينافي الضمان كما نطقت به النصوص (١) فيمن اشترى أمة فظهر أنها مستحقة للغير ، نعم هل يستحق الرجوع به على الشاهدين أو لا ؟ فيه بحث ستسمعه إنشاء الله وكأنه أخذ هذا الجمع ممّا عن النهاية قال : « إن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهادة الشاهدين لها بالحرية و رزق منها أولاداً كان أولادها أحراراً ، وإن عقد عليها على ظاهر الحال ولم تقم عنده بينة بحريتها ثم تبين أنها كانت رقاً كان أولادها رقاً لمولاه ، ويجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة ، وعلى الأب أن يعطي القيمة ، فان لم يكن له مال استسمى في قيمتهم ، فان أبى كان على الامام أن يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب ولا يسترق ولد حر » .

بل قد يرجع إلى ذلك كلامه في كتابي الأخبار ، بل في كشف اللثام حكايته عن المهذب أيضاً ، بل فيه وكذا في الغنية ، لكنه أوجب للسيد القيمة على الأول أيضاً ، وفي الجامع ، إلا أنه لم ينص على الرقية في الثاني ، وفي الوسيلة ، لكن جعل في حكم شهادة الشاهدين بالحرية تدليس مدلس عليه ، إلا أنه لا يخفى عليك ما في

الجمع بعد الاحاطة بما ذكرنا من أنه لا معارضة في شيء من هذه النصوص لما دل على الحرية كغيرها من أفراد الشبهة .

﴿و﴾ لكن صرح غير واحد بأنه يجب ﴿على الزوج﴾ الذي هو الأب ﴿أن﴾ يفكّهم بالقيمة و يلزم المولى دفعهم إليه ﴿بمعنى أنه يضمن قيمة الولد للمولى ، لأنه كالمثلّف لماله الذي هو نماء ملكه و إن كان مشتبهاً ، لأن الاشتباه لا يرفع الزمان الذي قد دلت عليه نصوص (١) الأئمة المشترعة ثم ظهر أنها مستحقة ، و بعض نصوص المقام (٢) .

نعم الظاهر أنه لا سلطنة للمولى على الأولاد بناءً على الحرية ، فليس له حبسهم حتّى تدفع إليه القيمة ، و موثق سماعة (٣) المزبور لم أجد به عاملاً على هذا التقدير ، ضرورة نفى السلطنة على الحر ، وشغل ذمة الأب بالقيمة لا يقتضي ذلك ومن هنا قال في المسالك بعد نقل قولي الحرية والرقية : « و تظهر فائدة القولين مع اتفاقهم على وجوب القيمة و الحرية بدفعها فيما لو لم يدفعها لفقير أو غيره ، فعلى القول بالحرية تبقى ديناً في ذمته ، والولد حر » ، وعلى القول الآخر يتوقف على دفعها » .

فالواجب حمل قوله ﴿عليهم﴾ فيها : « تدفع هي و ولدها » على إرادة دفع قيمة ولدها كما أو ما إليه صحيح عُدّ بن قيس (٤) المذكور ، وإلا كان مخالفاً للمسلمين فضلاً عن المؤمنين ، ضرورة عدم حبس الحر بدين غيره .

كما أن ما فيها من سعى الأب في الثمن مخالف للمختار من عدم وجوب سعى المديون في وفاء دينه الذي وجوبه مشروط بالمطالبة التي أسقطها الشارع بالاعسار و أوجب الانظار إلى الميسرة (٥) فهو في الحقيقة واجب مشروط ، وإخراج هذا

(١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث - ٥٠ - ٥١ .

(٤) راجع التعليقة (الثالثة) من ص ٢٢٣ .

(٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٨٠ والوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الدين والقرض

من كتاب التجارة .

الدين من بين الديون التي فيها أعظم منه كالغصب و السرقة و نحوهما كما ترى ، فيجب حمله على الندب ، كما احتمله في المسالك ، و ربما يوصى إليه عدم الأمر بالقهر عليه عند الامتناع عنه في ذيل الخبر المزبور ، و إلا كان من الشواذ على هذا التقدير ، فإنا لم نجد عاملاً به .

كما لم نجد عاملاً به عليه أيضاً في تعيين القيمة و أنها يسوم بصير إليه ، بل المعروف أنه قيمته يوم سقوطه حياً ، لأن ذلك أول وقت الحيلولة و كذا ما فيها من فداء الامام له ، مع أن الخطاب بالقيمة قد تعلق بذمة الأب .

و أغرب من ذلك ما عن النهاية من فداء الامام له من سهم الرقاب ، و لذا اعترضه ابن إدريس فيما حكى عنه « بأن ذلك مخصوص بالعبيد والمكاتبين ، وهؤلاء غير عبيد و لا مكاتبين ، بل أحرار في الأصل اعتقوا لذلك ما مسهم رق أبداً ، لأنه عليه السلام قال: « ولا يسترق ولد حر » وصفه بأنه حر ، فكيف يشتري الحر من سهم الرقاب ؟ و إنما أئمانهم في ذمة أبيهم ، لأن من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى أهمهم لكن لما حال الأب بينهم و بينه بالحرية . وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء أحراراً ، و هو وقت الحيلولة ، و إن كان قد يدفع بأن الشيخ قد بنى ذلك على رقية الولد لا حريته ، وحينئذ يكون فداؤهم من سهم الرقاب في محله ، لعدم كون القيمة حينئذ في ذمة الأب وإن وجب عليه دفعها ثمناً لهم .

و في الحقائق « والمعجب منه أنه وافق الشيخ في هذه الصورة على رقية الولد ، و أوجب السعى على أبيه في قيمته ، فكيف يوافق على ذلك و يمنع فكثهم من سهم الرقاب ؟ لكونهم أحراراً ما مسهم رق أبداً لقوله عليه السلام في الخبر المزبور (١) : « ولا يملك ولد حر » . قلت : يمكن أن يكون ذلك منه شاهداً على إرادة التجوز من الرقية ، ويكون هذا وجه جمع بين القولين ، كما احتمله في كشف اللثام مستظهراً له منها ومن نكت النهاية ، وهو غير بعيد .

و على كل حال فالخبر المزبور بعد البناء على الحرية لا بد من طرح هذه

الاحكام فيه ، أو تأويلها بما يرجع إلى الفواعد الشرعية ، وإلا فانه من الشواذ، كما هو واضح ، ومن ذلك ظهر لك الحال فيما في المتن ونحوه .

بل ﴿ و ﴾ ما فيه من أنه ﴿ لولم يكن له ﴾ أي الأب ﴿ مال سعى في قيمتهم ، وإن أبى السعى فهل يجب أن يفديهم الامام ؟ قيل ﴿ والقائل الشيخ و من تبعه : ﴿ نعم تعويلاً على رواية ﴿ سماعة (١) ﴾ فيها ضعف ﴿ بناءً على أن الموثق من الضعيف . ﴿ و ﴾ لذا ﴿ قيل : لا يجب لأن القيمة لازمة للأب لأنه سبب الحيولة ﴿ بين المالك والأولاد ، وفيه أنه بناءً على الرقية لامنافاة بين ذلك وبين فكّهم من سهم الرقاب .

﴿ ولو قيل بوجوب الفدية على الامام فمن أي شيء يفديهم ؟ قيل: من سهم الرقاب ﴿ كما سمعته من النهاية ﴿ ومنهم من أطلق ﴿ ولعله أولى ، للاطلاق ولأن بيت المال معد لمصالح المسلمين التي هذه منها ، لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله غير متجه على ما اخترناه من الحرية .

و من الغريب ما عن الوسيلة من أنه وإن انقطع تصرف الامام أدى الأب عنه من جهات الزكاة ، فان فقد جميع ذلك بقي الولد رقاً حتى يبلغ ويسعى في فكّك رقبته ، فانه لم نجد ما يشهد له على ذلك ، والتحقيق ما عرفت .

نعم قد صرح في محكي السرائر برجوع الأب بالقيمة على شاهدها بالحرية اللذين قد تزوجها بشهادتهما ، قال : « لأن شهود الزور يضمنون بشهادتهم بغير خلاف بيننا ، والاجماع منعقد على ذلك » وعن أبي الصلاح إذا تزوج الحر بأمة على أنها حرة فخرجت أمة فولدها لآحقون به ، ويرجع بقيمة الولد و البصداق على من تولى أمرها ، وإن كانت هي التي عقدت على نفسها لم يرجع على أحد بشيء . قلت : لا ريب في اقتضاء قاعدة الغرور الرجوع على الغار بما أنفقه المغرور كما تسمعه إنشاء الله في بحث التدليس ، وربما كان في خبري إسماعيل بن جابر إيماء

إلى القاعدة المزبورة قال في أحدهما (١): « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها ، فقيل : هي ابنة فلان ، فأتى أباها ، فقال : زوجني ابنتك ، فزوجها ، فولدت منه ، فعلم أنها غير ابنته وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على موالها ، والولد للرجل ، و على الذي زوجته قيمة ثمن الولد يعطيه لموالي الوليدة ، كما غر الرجل و خدعه ، و قال في الآخر (٢) لأبي عبدالله عليه السلام أيضاً : « رجل كان يرى امرأة تدخل على قوم و تخرج فسأل عنها ، فقيل : إنها أمتهم واسمها فلانة ، فقال لهم : زوجوني فلانة ، فلمّا زوجوها عرفوه أنها أمة غيرهم ، قال : هي وولدها لمولاها ، قلت : فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم ، فزوجوه وهو يرى أنها من أنفسهم فعرفوه بعد ما أولدها أنها أمة ، قال : الولد لهم وهم ضامنون قيمة الولد لمولى البجارية ، ولا بأس به » بل ربما يقال : بضمان البجارية ذلك لو كانت هي الغارة ، فتتبع به بعد العتق ، وكان المراد بالضمان قراره ، لما عرفت في محله أن المغرور لا يستحق الرجوع إلا بعد الدفع ، والله العالم .

المسألة الرابعة *

« إذا زوج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله ؟ قيل * والقائل الشيخان و ابنا حمزة و البراج و أبو الصلاح : * نعم * يجب لصحيح ابن مسلم (٣) عن الباقر عليه السلام « سألت عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يبخزؤه أن يقول : قد أنكحتك فلانة و يعطيها ماشاء من قبله أو من مولاه ، ولومداً من طعام أو درهماً » و حسن الحلبي (٤) قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « الرجل كيف ينكح عبده

(١) الوسائل الباب -٧- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٧ .

(٣) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ مع اختلاف يسير .

(٤) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢ .

أُمته ؟ قال: يقول: أنكحتك فلانة و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولو خدأ من طعام أو درهماً أو نحو ذلك .

﴿و﴾ لكن منع ذلك ﴿ف﴾ بالاستحباب أشبه ﴿ب﴾ بأصول المذهب وقواعده وأشهر بل المشهور سيما بين المتأخرين و متأخريهم للأصل وعدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه ، ضرورة أن مهر الأمة ليس لها ، كعدم تصوره استحقاق ماله عليه مالا ، بل التسامح في الخبرين المزبورين في تقدير ذلك أوضح قرينة على الاستحباب ، بل صراحتها بعدم ذكره مهراً في النكاح شاهد آخر عليه أيضاً ، ومنه يعلم شذوذهما لو أريد الوجوب ، ضرورة كون القائل بالوجوب يجعله مهراً كما هو صريح النهاية والمحكي عن غيرها ، فظاهر الخبرين لم يقل به ، كما أن ظاهر القائلين لم يوافق خبر .

و لا فرق في المختار بين القول بأن نكاح العبد تحليل أو عقد ، فما عساه يظهر من بعضهم من بناء هذه المسألة على ذلك لادجه له ، والتحقيق فيها أنه عقد ، لا طلاق النص (١) والفتوى خلافاً لابن إدريس ، فتحليل لعدم الحاجة فيه إلى قبول ، ولا اكتفاء بأمر المولى بالاعتزال في فسخه ، و لو كان عقداً لاحتاج إلى طلاق من العبد الأخذ بالساق ، و دعوى كون هذا الأمر طلاقاً يدفعها عدم اعتبار ما يعتبر في الطلاق فيه ، وفيه منع عدم الحاجة فيه إلى قبول ، والخبران إنما كان السؤال فيهما عن كيفية إنكاح المولى العبد أى ما يتعلق بالمولى من الإيجاب ، لا أن المراد كفاية ذلك من دون قبول لا من العبد ولا من السيد الذى هو وليه ، بل لعل دلالاته على القبول أوضح ، كما في كشف اللثام ، للفظ الانكاح ، و اجتزى به عن ذكر القبول ، لظهوره فحينئذ يبقى ما دل على اعتبار العقد به في النكاح بحاله .

ومن ذلك يعلم ما في القواعد من الاشكال في ذلك ، قال فيها: « ولو زوج عبده أُمته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال ينشأ من أنه عقد أو إباحة » ، إذ قد عرفت أن الأوّل هو الموافق للأصل والاحتياط في الفروج ، والظاهر من الأصحاب

و الأخبار ، بل هو صريح بعض الأصحاب أيضاً كما اعترف بذلك كله في كشف اللثام ، بل ربما ظن من صحيح علي بن يقطين (١) عدم جواز التحليل للعبد ، و سأل الكاظم (عليه السلام) عن المملوك يحل له أن يوطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ، قال : لا يحل له ، وإن كان الأقوى خلافه كما تعرفه من النصوص (٢) الدالة على جواز التحليل له ، واحتمال كون المراد من الخبر أن مطلق الاذن له في ذلك لا يكون نكاحاً ، بل لا بدله من إنشاء عقد أو تحليل ، بل لعلة الظاهر منه . وعلى كل حال فلا ريب في كون الأقوى ما عرفت ، ولا يلزمه عدم الفراق إلا بالطلاق ، فان نكاح المتعة عقد ، ويحصل فراقه بغير الطلاق .

بل مما ذكرنا يعلم ما في المحكي عن المختلف من التزامه بعدم الحاجة إلى القبول ، معللاً له بكونه ممن لا يملكه ، لجواز إجباره عليه ، إذ فيه أن ذلك لا يقتضي عدم القبول اللفظي المحقق للمقد ولو من السيد كباقي أفراد المولوى عليهم ، فالتحقيق اعتباره في صحة العقد ، بل تحققه من العبد باذن السيد أو من السيد ، وكذا الإيجاب من الأمة باذنه أو منه ، فان كلا منهما إذا حصل كفى .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿لمومات﴾ السيد ﴿ كان الخيار للورثة في إمضاء النكاح وفسخه ﴾ لا يقال ما كان للسيد إليهم ، ﴿ ولا خيار للأمة ﴾ الباقية على الرقبة وإن تغير المالك ، كما هو واضح .

(١) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ والباب -٤٥-

منها الحديث ١ والباب -٢٢- منها الحديث ١ و ٢ و ٨ .

المسألة الخامسة *

* إذا تزوج العبد بحرة مع العلم * لها * بعدم الاذن * له من السيد في ذلك * لم يكن لها مهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم * قطعاً لكونها بغياً حينئذ ولخبر السكوني (١) عن الصادق عليه السلام قال : وقال رسول الله ﷺ : أيما امرأة حرة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها .

نعم قيل كما في كشف اللثام وغيره لاحد عليها ، وربما كان ظاهر اقتصار المصنف وغيره على ما عدها ، ولعل وجهه أنه شبهة بالنسبة إليها باعتبار نقصان عقلها وعدم مخالطتها لأهل الشرع ، فيكفي العقد شبهة لها ، وبذلك يفرق بينها وبين الحر إذا تزوج أمة غير مأذونة عالمياً بحرمة ذلك عليه ، كما أنه قد يفرق بينها وبين ما إذا تزوجت حراً بمقد فعلم فساد به أن هذا العقد فضولي تجوز فيه إجازة المولى ، ويؤيده ما في الأخبار (٢) من أنه « لم يعص الله وإنما عصى سيده » وحسن منصور بن حازم (٣) عن الصادق عليه السلام « في مملوك تزوج بغير إذن مولاه أعاص لله ؟ قال : عاص لمولاه ، قلت : حرام هو ، قال : ما زعم إنه حرام ، وقل له : أن لا يفعل إلا باذن مولاه » .

إلا أن الجميع كما نرى ، بل لعل اقتصار المصنف وغيره إتكالا على معلومية ذلك ، ضرورة صدق كونها زانية ، والشبهة العرفية منتفية بالفرض ، والشرعية لادليل عليها ، و نقصان عقلها وعدم مخالطتها لأهل الشرع لا يقضى بذلك بعد فرض علمها بالتحريم ، كما أن توقع الإجازة لا يقضى به أيضاً ، وإلا سقط الحد عنها بتزوجها حراً مولى عليه فضولاً مع تمكينها من وطئه إياها ولم تحصل الإجازة بعد ذلك ،

(١) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب نكاح المبيد والاماء .

(٣) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢ .

بل كان المتّجه سقوطه عن الحر الذي يتزوج أمة من غير إذن مولاه فظولاً ووطأها
ثمّ لم تحصل الإجازة، فانه لا اشكال عندهم في ثبوت الحدّ عليه فيما تقدم، نعم الظاهر
عدم تعجيل الحدّ عليه قبل معرف عدم الإجازة، لاحتمال حصولها، وهكذا في كل
فضولي، فانه لا شبهة في الواقع في كونه وطء أجنبية مثلاً أو زوجة إلا أنا لا نعلم إلا
بعد حين، فحاله حينئذ كمن وطأ امرأة في ظلمة مثلاً لا يعلم أنها زوجته أو غير
زوجته عالمًا بحرمة ذلك عليه، ثمّ بان أنها غير زوجته، فان الظاهر ثبوت الحدّ
عليه، لاقدامه على وطئها أجنبية وكانت كذلك في الواقع، وليس هذا معنى الشبهة
الدائرة للحد، كما هو واضح، وخبر «لم يعص الله» إلى آخره ونحوه يراد منه أن
عقده مستعد للصحة بالإجازة لذلك، كما عرفته في محله، وإلا فقد ورد في
النصوص (١) في الأئمة إذا تزوجت بغير إذن مولاه فهي زانية، كما أوماً إليه
الامام عليه السلام هنا بنفى الصّدق لها، إذ هو ليس إلا لكونها بغياً حينئذ، فتأمل جيداً.

﴿و﴾ من ذلك يعلم أنه متى فعلت ذلك ﴿كان أولادها منه رقاً﴾ لمولى العبد
بلاخلاف، بل في كشف اللثام نسبته إلى قطع الأصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه
كغيره، ضرورة انتفاءهم عنها بالنزاع الذي لا يثبت معه نسب، فيبقى أصل تبعيّة نماء
المال للمال المقتضي لكون الولد رقاً للمولى على حاله، نعم ربما أشكل ذلك بأنه
مناف لما عندهم من أن العبد إذا زنى بحرّة كان الولد حراً، ضرورة إطلاق كلامهم
في المقام رقية الولد عدم الفرق بين علم العبد بحرمة ذلك عليه وعدمه، وليس هو في
الأوّل إلا زناً، واحتمال تخصيص كلامهم بالثاني معلوم عدمه، وقد يدفع بأن ذلك
كذلك أيضاً لو لا خبر العلاء بن رزين (٢) عن الصادق عليه السلام «في رجل دبّر غلاماً
فأبقى الغلام فمضى إلى قوم، فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد
وكسب مالا ومات مولاه الذي دبّر فجاءه ورثة الميت الذي دبّر العبد فطلبوا العبد،
فما ترى؟ قال: العبد وولده لورثة الميت، قلت: أليس قد دبّر العبد؟ قال: إنه لما أبق

(١) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

هدم تدييره ورجع رفاً ، الشامل لصورتى علم العبد بحرمة ذلك عليه وعدمه ، و من هنا فرق بينه و بين الزنا الذي لاعقد فيه الذي لامقتضى لجهة الشركة فيه إلا قاعدة النمائية التي هي في الأم متحققة عرفاً ، كسائر الحيوانات ، هذا كله في الحرية العامة . ﴿و﴾ أما ﴿لو كانت جاهلة﴾ بكونه عبداً أو بحرمة ذلك عليها فلا حد عليها قطعاً للشبهة و ﴿كانوا﴾ أي أولادها منه ﴿أحراراً﴾ وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة إجراءً للشبهة مجرى الصحيح الذي قد عرفت تبعية الولد فيه للحر الذي هو أشرف الأبوين ، سواء كان العبد مشتبهاً أولاً ، نحو الأمة التي دلست نفسها فتزوجها الحر مشتبهاً ، فإن أولادها منه أحرار نصاً (١) وفتوى كما عرفت فيما تقدم ، و خلافاً للمحكي عن المفيد ، من الحكم بكونهم رفاً ، ولعله لاطلاق الخبر المزبور (٢) و تبعه في الحقائق لذلك ، لكن لا يخفى على من أحاط خبراً بما ذكرنا في نصوص الأئمة (٣) - من كون المراد الحكم بالملكية التي هي مقتضى قاعدة نماء المملوك المتزوج بغير إذن حتى تقوم البيئة للحر بكونه مشتبهاً كي يلحق به الولد ، فإن احتمال الشبهة غير كافٍ في ذلك و إن كفت في درء الحد - أن المراد من الخبر المزبور هنا أيضاً ذلك قطعاً ، لا أن المراد كون الولد رفاً حتى لو علم كون الحرية مشتبهاً المخالف لقاعدة إجراء الشبهة مجرى الصحيح في لحوق الأولاد في كل مقام و كون المفروض في الخبر عدم إعلام العبد بالابق لا يحقق الشبهة ، كما هو واضح ﴿و﴾ حينئذ فلا ريب في كون أولادها أحراراً للشبهة .

بل الظاهر أنه ﴿لا يجب عليها﴾ هنا ﴿قيمتهم﴾ بلا خلاف أجده فيه ، للأصل بعد اختصاص الدليل بالحر المتزوج أمة شبهة ، وحرمة القياس خصوصاً مع إمكان إبداء الفرق بين المقامين ، اللهم إلا أن يقال: إن غرم القيمة هناك ليس إلا للحيلولة بين المالك و نماء ملكه المشترك بين المقامين ، وفيه أن ذلك تعليل بمد

(١) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١

(٢) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث -٠- .

النص ، على أن قاعدة النماء قد عرفت كونها في الأم دون الأب كما في سائر الحيوانات ، ولذا غرم الحر في إتلاف نماء الأم بخلاف الحرية ، فتأمل .

﴿و﴾ على كل حال ففي الفرض ﴿كان مهرها﴾ المسمى أو مهر المثل ﴿لازماً لذمة العبد إن دخل بها﴾ ضرورة كون الوطء محترماً ، ومتى كان كذلك لم يخل من مهر ، ولكن حيث كان العبد غير قادر على شيء فهو معسر حينئذ ومن هنا كان المتجه أنها ﴿تتبع به إذا تحرر﴾ هذا إذا لم يجز المولى ، وإلا كان اللازم المسمى تطالب به السيد ، لما عرفت من أن مهر العبد المأذون على مولاه كنفقة زوجته وذلك كله واضح بعد الإحاطة بما قدمنا في المباحث السابقة .

المسألة السادسة ﴿﴾

﴿إذا تزوج عبد بأمة لغير مولاه فإن أذن المولى أن ﴿سابقاً أو لاحقاً﴾ فالولد لهما﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لما عرفت سابقاً من كون ذلك مقتضى العقد ، من غير فرق في ذلك بين حصول الولد منهما قبل الإذن أو بعده ، وبين علمهما بالتحريم وعدمه ﴿وكذا لو لم يأذنا﴾ بلا خلاف أيضاً ولا إشكال بعد ما عرفت سابقاً من الحكم برقية ولد الأمة المزوجة بغير إذن في النصوص (١) السابقة التي لا يضر فرض كون المتزوج بها حراً في بعضها ، وبرقية ولد العبد المتزوج بغير إذن سيده في خبر رزين (٢) السابق المعتضد بالفتوى .

بل ظاهر إطلاق المصنف وغيره عدم الفرق في ذلك بين علمهما بالتحريم وعدمه ، وإن كان ربما توهم الإشكال فيه بأنه متجه في صورة الجهل ، للشبهة الجارية

(١) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٣ و ٤

و ٦ و ٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ و هو خبر

علاء بن رزين .

مجرى العقد الصحيح المقتضى للشركة ، دون صورة العلم التي هي من الزنا الذي ستعرف فتوى الأصحاب بكون الولد لمولى الأمة ، و من هنا قيّد بعض الناس موضوع المسألة في غير المأذنين بالجاهلين ، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه ، لما عرفت سابقاً من الفرق بين الزنا و العقد و إن كان معلوم الفساد لهما ، لشعر رزين (١) السابق المفروض فيه علم العبد بعدم إذن المولى له عالماً بالحكم مع ذلك أولاً فالمتجه حينئذ إبقاء إطلاق الأصحاب على حاله ، ودليله ما دل من النصوص (٢) على أن نكاح الأمة من غير إذن مولاه مقتضى لرقية الولد ، ونكاح العبد من غير إذن مولاه مقتضى لرقية الولد ، من غير فرق بين علمهما و بين اشتباههما ، فمع فرض عدم الاذن لكل منهما اتجه حينئذ الاشتراك إعمالاً للسببين معاً بعد معلومية امتناع تعدد المالك للمال الواحد ، نعم لو حصل اشتباه من حر أو حرة اقتضى ذلك حرية الولد إلحاقاً له بأشرف الأبن ، و تغليباً لجانب الحرية كما سمعته في نصوص (٣) الأمة التي دلست نفسها فتزوجها حر مشتبهاً و سمعته أيضاً في العبد الذي تتزوجه الحرة مشتبهاً .

﴿و﴾ من ذلك يعلم الحكم فيما ﴿لوأذن أحدهما﴾ خاصة دون الآخر ، وأنه متى تحقق ذلك ﴿كان الولد لمن لم بأذن﴾ منهما ، لا لأن الأذن قد أسقط حقه لاذنه ، لاحتمال تزوج المملوك حراً ، لا مكان المناقشة فيه بعدم اقتضاء الاذن ذلك ، ولذا لو كانا معاً مأذنين اشترك الولد بينهما ، و بإمكان فرض اختصاص تزوج المملوك ، بل لما عرفته من اقتضاء عدم الاذن في نكاح العبد والأمة رقية الولد

(١) الوسائل الباب ٢٨- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ و هو خبر العلاء بن رزين .

(٢) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٣ و ٣ و ٦ و ٧ .

(٣) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١ و ٢ و ٥ و ٨ .

بالنصوص (١) التي سمعتها إلا إذا عارض ذلك شبهة حر ، لغلبة جهة الحرية حينئذ جهة الملكية ، أما الاذن فلا يقتضي ملكيته إلا إذا صادفت إذناً من آخر أو شبهة ، فيختص الملك حينئذ في الفرض بغير الاذن ، لا بحصار مقتضى الملكية أعني عدم الاذن به دون الآخر الذي لا دليل على اقتضائه الملكية في الفرض ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، خصوصاً خبر رزين (٢) الشامل باطلاقه تزوج الأبق حرّة أو أمة مأذونة ، وخصوصاً نصوص الأئمة الأربعة (٣) التي دلست نفسها فتزوجت حرّاً التي قد عرفت اختصاص مولاه بالولد إلا إذا كان الحر مشتبهاً ، فإن الشبهة حينئذ تعارض مقتضى الملكية وترجح عليها ، لاقتضاها الحرية المبينة على التغليب .

ومن ذلك ينقدح شيء لم يتعرض له الأصحاب ، وهو أن ذلك كله من حيث الاذن وعدمه ، أما إذا كان في العبد المأذون جهة تقتضي الملكية غير عدم الاذن كالشبهة مثلاً فإن المتبجح حينئذ الاشتراك في الولد ، عملاً بمقتضى عدم الاذن ومقتضى الشبهة ، ولا ينافي ذلك إطلاق الأصحاب الولد لمن لم يأذن المعلوم كون المراد به من حيث الاذن وعدمها لا إذا كانت جهة أخرى تقتضي الملكية ، نعم الظاهر أنه لا مدخلية لتعدد جهات الملك في أحدهما واتحادها في آخر ، كما لو فرض الشبهة أيضاً في غير المأذون وفي المأذون الشبهة خاصة ، فإن الأول قد تعدد فيه مقتضى الملكية ، وهو عدم الاذن والشبهة ، بخلاف الثاني ، فإن الشبهة خاصة ، إلا أن الظاهر التشريك بينهما بالنصف ، لعدم الفرق بين اتحاد الجهة وتعددتها في ذلك .

ولو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص وأحدهما دون الآخر ففي القواعد الاشكال فيه ، ولعله من إطلاق الفتوى بأن الولد لمن لم يأذن واشتراك العلة ، و من أن الأصل تبعية النماء للملك ، خرج منه موضع اليقين ، وهو ما إذا اتحد

(١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ والباب - ٦٧ -

منها الحديث ٣ و ٦ و ٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ وهو خبر

الملاء بن رزين .

(٣) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

المالك فالباقي على أصله ، لكن قد عرفت ما يقتضى صحة الوجه الأول ، فيختص حينئذ بالنماء وإن ضعف جزؤه .

ولو فرض كون العبد والأمة مشتركين فأذن أحدهما الشريكين في كل منهما دون الآخر في كل منهما أيضاً كان الولد مشتركاً بين من لم يأذن من الشركاء وإن ضعف جزؤهما ، هذا كله في النكاح .

﴿و﴾ أما ﴿لوزنى بأمة غير مولاة كان الولد لمولى الأمة﴾ من غير خلاف ولا إشكال ، لعدم المقدم المقتضى للتشريك ، فلم يكن إلا قاعدة النمائية ، وهي متحققة عرفاً في الأم دون الأب نحو الحيوانات .

كما أنه لو زنى بحرة كان الولد حراً بلا خلاف أيضاً ولا إشكال ، لعدم المقدم المقتضى للتشريك والنمائية في الأم المفروض كونها حرة ، فيتبعها في ذلك ، مضافاً إلى أصالة الحرية .

أما العكس بأن زنى الحر بأمة كان الولد رقاً ، لعدم العقد أيضاً ، وقاعدة النماء في الأم ، ولا يشكل ما ذكرناه بالحرّة التي تزوجت عبداً غير مأذون عالمة بالتحريم ، لما عرفته من الدليل المخصوص في النكاح دون الزنا كما أوضحناه سابقاً .

ولو اشتبه العبد والأمة بلا نكاح فحصل ولد بينهما فالظاهر التشريك بإجراء للشبهة مجرى الصحيح .

ولو كانت الأمة مشبهة والعبد زائياً فالولد لمولى الأمة قطعاً ، لقاعدة النمائية والمشبهة .

أما العكس فيحتمل التنصيف إعمالاً للشبهة المقتضية الملك للمشتبه ، وللنمائية المقتضية الملك لمولى الأمة ، فيثبت التنصيف جمعاً بين السببين ، ويحتمل اختصاص الولد بمولى العبد المشتبه الذي هو أشرف لجهة الاشتباه ، ولرجحان جهة الاشتباه على قاعدة النمائية ، ولذا ثبت التشريك في حال اشتراكهما في الاشتباه المقتضى للتشريك بينهما ، فمع فرض اختصاص الاشتباه بأحدهما يختص بحكم العقد دون

غيره ، نحو اشتباه الحرّة أو الحرّ من طرف دون آخر ، وقد يحتمل اختصاص مولى الأمة ، لقاعدة النمائية ، ولكنه كما ترى .

ولو اشتبه العبد فوطاً حرّة مشتبّهة أيضاً كان الولد حراً قطعاً ، أما لو كانت زانية فالولد لمولى العبد إجراءً لحكم الشبهة مجرى الصحيح في حقّ العبد خاصة ، وقد ظهر بذلك كفه الحال في جميع شقوق المسألة على وجه لم نسبق إليه بحمد الله تعالى .

المسألة السابعة *

* لوتزوج أمة بين شريكين ثم اشترى الزوج حصة أحدهما بطل العقد و حرم عليه وطؤها * مع عدم رضا الشريك الآخر بلا خلاف ولا إشكال ، لعدم التبويض في أسباب النكاح ابتداءً واستدامةً للأصل ولظهور الآية (١) في ذلك وموثق سماعة (٢) « سألته عن رجلين بينهما أمة فزوّجاها من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين ، قال : حرمت عليه باشترائه إياها ، وذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها من جميعهم » * * من ذلك يعلم أنه * لو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياح لم يصح * ضرورة عدم تأثير الامضاء في العقد بعد بطلانه ، ولو فرض بقاؤه على الصحة للأصل لم يحتج الى إمضائه ، ضرورة صحته بالأصل باذنه .

* * لكن مع ذلك * قيل * والفائد الشينخ والقاضى في النهاية و محكي المذهب : * يجوز له وطؤها بذلك * الامضاء ، قال في النهاية : « وإذا تزوّج الرجل أمة بين شريكين ثم اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه ، إلا أن يشتري النصف الآخر أديرضى مالك نصفها بالعقد ، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً » * وهو * كما ترى

(١) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل الباب ٤٦ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢ .

﴿ضعيف﴾ جداً ، إذ لا حاجة لا جازته ثانياً عقد النكاح المتقدم بعد أن كان المفروض وقوعه أو لا باذنه إن صح العقد على أمة مشتركة بين الزوج وغيره ، وإلا لم يقد ، وإن كان يريد الرضا بالعقد جديداً ففيه أنه إن صح العقد على مثلها لم يكن لبطلان المتقدم وجه ، ومن هنا حمله المصنف في محكي نكته على النهاية على الرضا بعقد البيع للنصف الآخر ، وذكر أن «أو» من سهو الناسخ أو بمعنى الواو ، وهو وإن كان بعيداً إلا أنه أقرب من حمله على ظاهره الذي لا ينبغي نسبته إلى من له أدنى معرفة بالفقه فضلاً عن شيخ الطائفة .

نعم يمكن أن يكون أولى من ذلك حمله على إرادة الرضا بالاباحة الذي ذكره المصنف بقوله: ﴿ولو حللها له﴾ أي الشريك ﴿قيل: نحل ، وهو مروي﴾ صحيحاً في الكافي والتهذيب في باب السراري وملك الأيمان عن محمد بن قيس (١) ، عن أبي جعفر (عليه السلام) ، وفي الفقيه عن محمد بن مسلم (٢) عنه (عليه السلام) أيضاً قد عمل به ابن إدريس وجماعة ، منهم الشهيد في اللمعة وفاضلا الكشف والرياض ، قال : «سألته عن جارية بين رجلين دبّراها جميعاً ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هي له حلال ، وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي قد مات و نصفها مدبراً قلت : إن أراد الثاني منهما أن تمسها أله ذلك ؟ قال : لا ، إلا أن يشب عتقها ويتزوجها برضاً منها متى ما أراد ، قلت له : أليس قد صار نصفها حراً وقد ملكت نصف رقبته ، والنصف الآخر للباقي منهما ؟ قال : بلى ، قلت : فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها له ذلك ، قال : لا يجوز ذلك ، قلت : ولِمَ لا يجوز له ذلك وقد أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه منها ؟ قال : إن الحرية لا تهب فرجها ، ولا تعيره ، ولا تحلله ، ولكن لها من نفسها يوم وللي الذي دبّرها يوم ، فإن أحب أن يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو أكثر ، وهو صريح في المدعى أو لا وآخر .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث ١ .

بل ربما أيد بأنها قبل التحليل محرمة وإنما حلت به ، فالسبب واحد ، وفيه أنه حينئذ يكون تمام السبب لا السبب التام في الإباحة ، ضرورة اختصاص التحليل بحصة الشريك لا بالجميع ، و تحقق المسبب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير سبباً تاماً ، اللهم إلا أن يريد باتحاد السبب بناءً على التحليل من ملك اليمين كون الوطء حينئذ بالمتحد وإن اختلفت جهة ذلك بملك الرقبة في النصف والمنفعة في النصف الآخر .

لكن مع ذلك ردة في النافع والمسالك وغيرهما بالضعف الذي قد يشعر به هنا نسبته إلى الرواية ، ولعلمهم لحظوا رواية الشيخ له في أول كتاب النكاح عن محمد ابن مسلم (١) بطريق فيه علي بن الحسن بن الفضال ، وهو - مع أنه ليس ضعيفاً ، لكونه من الموثق الذي قد ثبتت حجتيه في الأصول - قد عرفت روايته صحيحاً .

﴿ و ﴾ من هنا يظهر لك النظر فيما ﴿ قيل ﴾ من أنه ﴿ لا ﴾ يجوز ، بل لعله المشهور ﴿ لأن سبب الاستباحة لا يتبعض ﴾ فإنه - بعد تسليم كون ما نحن فيه من ذلك - كالاتجاه في مقابلة النص الصحيح الصريح الذي لا يقصر عن تقييد ما يقتضي عدم الجواز من الأصل وقاعدة التبعض ، فلا ريب في أن المتبعض العمل به ، بل عن ابن حمزة أنه إذا هابها مولياها فتمتع بها أحدهما في يوم الشريك بأذنه جاز ، لفحوى الصحيح السابق التي لا ينافيها بعد فرضها أن المهابة إنما تتعلق بالخدمة دون العين والبضع ، فتأمل .

﴿ وكذا لو ملك ، نصفها وكان الباقي حراً لم يجزله و طوؤها بالملك ولا بالعقد الدائم ﴾ اتفاقاً لتبعض السبب ، ولا بالمنقطع في غير محل النص كذلك ولا بالتحليل المختص جوازه بالمولى دون المرأة نفسها كما سمعت التصريح به في الصحيح ، ﴿ فلا ريب في عدم جوازه ، نعم ﴾ إن هابها على الزمان قيل ﴿ كما عن الشيخ وجماعة : ﴾ يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختص بها ﴿ لكونها

(١) أشار إلى هذا السند في الوسائل في الباب - ٤١ - من أبواب نكاح العبيد

والاماء الحديث ١ وذكره في التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ الرقم ١٠٦٧ .

كالاجارة في كون موردها المنفعة المفروض اختصاصها به في هذا الزمان ﴿و﴾ مع ذلك ﴿و﴾ هو مروي ﴿و﴾ في الصحيح (١) الذي سمعته . ﴿و﴾ لكن ﴿و﴾ فيه تردد ﴿و﴾ عند المصنف لذلك و ﴿و﴾ لما ذكرناه من العلة ﴿و﴾ وهو لزومه تبعيض السبب ، فانها لم تخرج بالمهاياة عن ملك المولى ، على أن منافع البضع لا تعلق لها بالمهاياة وإلا لحل لها المتعة بغيره في أيتامها ، وهو باطل اتفاقاً على ما في المسالك ومحكي نهاية المطام ، إلا أننا نتحققه ، وعلى تسليمه ينبغي اختصاص المنع به ، لا الاعم منه ومن المولى الذي جوازه صريح النص الصحيح القابل لتقييد دليل عدم الجواز ، ومن هنا كان العمل به متجهاً خصوصاً بعد ظهور توهم الضعف ممّن رده . إلا أن الانصاف عدم ترك الاحتياط ، والله العالم .

﴿ومن اللواحق﴾

في نكاح الاماء ﴿الكلام في الطوارئ﴾ على عقد الأمة الموجبة حكماً لم يكن قبلها من التسلط على الفسخ والتحرير في بعض الموارد ﴿و﴾ من هنا كان تسميتها بالطوارئ أولى من المبطلات، ضرورة عدم إبطالها في جميع الأحوال ، نعم ﴿هي﴾ كثيرة لكن خص المصنف منها ﴿ثلاثة﴾ : العتق والبيع والطلاق ﴿لكن﴾ كثيرة مباحثها وتشعب أحكامها مع ذكر الغير في ضمنها أوفى محل آخر يناسبه والأمر سهل .

﴿أما العتق﴾

﴿فاذا أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها﴾ لا أن النكاح بينهما باطل ، وإن كان قد يوهمه قول الصادق عليه السلام في صحيح عبدالله بن سنان (١) : إذا أعتقت مملوكيك فليس بينهما نكاح ، وقال : إن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق ، لكن يجب إرادة الخيار منه بقريضة التصريح به في غيره من النصوص (٢) المعتمدة بالفتاوى ، بل وفيه بعد ذلك ، قال : و « سألته عن الرجل ينكح عبده أمة ثم أعتقها قال : نعم تخير فيه إذا أعتقت » ﴿ سواء كانت تحت عبد أو حر ﴾ على المشهور بين الأصحاب ، بل هو في العبد مجمع عليه بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، مضافاً إلى إمكان دعوى تواتر النصوص فيه (٣) .

بل خص الخيار بعضهم به ، وإليه أشار المصنف بقوله : ﴿ ومن الأصحاب من فرق ﴾ بين الحر والعبد مشيراً بذلك إلى الشيخ في محكي المبسوط والخلاف ، بل اختاره هنا ، فقال : ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصالة لزوم في العقد وقاعدة الافتصار على المتيقن ، ولأن الأصل في هذا الحكم عتق عائشة لبريرة فخيرها رسول الله ﷺ (٤) ولم تنبت حرية ، قال أبو عبدالله عليه السلام في خبر العيص (٥) : « د و بريرة كان لها زوجاً فلما أعتقت خيرت ، وقال عليه السلام أيضاً في مرسل أبان (٦) : « قال أمير المؤمنين عليه السلام في بريرة ثلاث من السنن حين أعتقت في التخير وفي الصدقة وفي الولاء » بل في خبر سماعة (٧) قال : « ذكر أن بريرة مولاة عائشة كان لها زوج عبد ، فلما أعتقت قال لها رسول

(١) الوسائل الباب -٥٣- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ و ذكر ذيله في الباب -٥٢- منها الحديث ١ وفي الذيل « ثم أعتقها تخير فيه أم لا ؟ قال : نعم »

(٢ و٣) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب نكاح المبيد والاماء .

(٤ و٥ و٦ و٧) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢-٣

الله ﷻ : اختارى إن شئت أقميت مع زوجك ، وإن شئت فلا ، وفي خبر المعجلي (١) عن أبي عبد الله ﷺ قال : « كان زوج بريرة عبداً ، وفي خبر ابن سنان (٢) عنه ﷺ أيضاً » إنه كان لبريرة زوج عبد ، فلمّا أعتقت قال لها النبي ﷺ اختارى ، بل ربما كان في الأخير رائحة اعتبار العبدية في التخيير ، مؤيداً ذلك بمعلومية كون المنشأ في هذا الخيار نفي الضرر والضرار ، وهو يتحقق في العبد باعتبار كونه ملكاً للغير لا يورث ، ولولاية له على أولاده ، ولا ينفق عليهم ، إلى غير ذلك مما هو معلوم ، بخلاف الحر .

لكن الجميع كما ترى بعد إطلاق قول الصادق ﷺ في صحيح الكناني (٣) «أيما امرأة أعتقت فأمرها . بيدها إن شئت أقامت معه ، وإن شئت فارقت » وقوله عليه السلام في مرسل ابن بكير (٤) : « في رجل حرّ تكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها ، قال : هي أملك ببيضعها » وقوله ﷺ أيضاً في خبر الشعام (٥) وقول الرضا ﷺ في خبر محمد بن آدم (٦) : إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيرت ، إن كانت تحت حر أو عبد ، ومن هنا كان خيرة الأكثر عدم الفرق ، والضعف في السند منجبر بالشهرة والتعاقد ، بل ربما يؤول إليه قوله ﷺ لبريرة على ما في بعض الأخبار « ملكت بضعك فاختارى » لا يماثله كقوله ﷺ : « هي أملك ببيضعها » إلى كون المنشأ في التخيير صيرورتها حرة مالكة بضعها ، من غير فرق بين حرية الزوج ومملوكيته .

ومنه يعلم ما في دعوى كون منشئه الضرر ، كما أنه يعلم من ذلك كله ما في الأدلة السابقة التي لا تصلح معارضاً لما عرفت ، بل روى (٧) « أن زوج بريرة كان حرّاً » فلا ريب حينئذ أن الأ شبه التعميم لا التفصيل ، كما أنه لا فرق في ثبوت الخيار المزبور بين ما قبل الدخول وبعده ، لإطلاق الأدلة ، نعم في القواعد وغيرها

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٥٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤ - ٩ - ٨ .

(٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب ٥٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١١ - ١٣ - ١٢ .

(٧) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢٣ .

«إلا إذا زوج ذو المائة مثلاً أمة بمائة و قيمتها مائة ثم أعتقها في مرض موته أو أوصى بعتقها لم يكن لها الفسخ قبل الدخول ، وإلا لسقط المهر بناء على سقوطه بذلك منها قبل الدخول ، فلم تخرج من الثلث ، لأنها حينئذ نصف ماله ، فيبطل عتق بعضها ، وهو ثلثها ، فيبطل خيارها المعتبر فيه عتقها أجمع على ما ستعرف ، فيدور الفسخ إلى الفساد ، ويكون مما يستلزم وجوده عدمه » .

وقد يناقش فيه بأن نفوذ العتق يكفي فيه سعة الثلث له حاله ، والنقصان بعد ذلك بسبب آخر من غير المريض لا ينافيه ، لكن يدفعها ظهور النص (١) والفتوى في ذلك المقام إن كل نقص يدخل التركة مرتب على فعل الموصى لا ينفذ إلا من الثلث ، نعم يمكن المناقشة بعدم اقتضاء الدور اختصاص الأمة بعدم الفسخ ، إذ يمكن رفعه بعد إرجاع مثل هذا النقص إلى الثلث لاستلزامه الدور أو بغير ذلك ، بل لعله أولى من تخصيص دليل عدم الفسخ لها لضعف دليل ما يقتضى الإرجاع إلى الثلث حتى في نحو المقام خصوصاً بعد ملاحظة قاعدة التسلط وغيرها مما يقتضى بالنفوذ في الأصل وإن قلنا بخروج غير المقام ، فتأمل جيداً .

وعلى كل حال فإذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر من غير خلاف يعرف فيه ، لكون الفسخ منها قبل الدخول ، ولأنه كتلف المبيع قبل قبضه ، ولكون النكاح كالمعاوضة المبنية على التسليم بالتسليم ، لكن قد يناقش بشبوت المهر بالعقد ، وكون الفسخ من قبلها على تقدير اقتضائه سقوط المهر إنما يؤثر لو كان المهر لها لا إذا كان لغيرها ، والقياس على تلف المبيع قبل قبضه باطل عندنا وبناء هذه المعاوضة على احتمال جريان أمثال هذه العوارض فيها .

وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاهما بلا خلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول ، أما إذا كان قبله ولم تعلم به حتى دخل بها ثم علمت ففسخت ففي معكى التحرير والمبسوط يثبت لها مهر المثل ، لاستناد الفسخ إلى العتق ، ولم يستقر المسمى قبله ، فالوطء خال

عن النكاح ، بل لابد أن يكون مهر المثل لها لالمولى ، وفيه أن الفسخ هو الموجب للإفساخ لا العتق ، فالمتبجح كونه للسيد مطلقاً ، نعم إن قلنا : إن المهر يجب بالدخول لا بالعقد اتبجح حينئذ وجوب المسمى لامهر المثل لها ، لأن الفرض كون الدخول بعد العتق .

ومن ذلك يعلم الحكم فيما لو اختارت المقام وكان العتق قبل الدخول ، فإن المهر حينئذ للسيد إن أوجبناه بالعقد كما هو التحقيق ، ولها إن أوجبناه بالدخول ، وإن اختارت المقام بعد الدخول بها أمة ثم أعتقت كان المهر للمولى قطعاً .

ولولم يسم المولى شيئاً بل زوجها مفوضة البضع فإن دخل قبل العتق فالمهر المفروض أو مهر المثل للسيد ، لوجوبه لها وهي في ملكه ، وإن دخل بعده أي العتق أو فرض المهر بعده وإن لم يدخل فإن قلنا صدق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها ، وإنما الفرض كاشف عن قدر الواجب فهو للسيد ، وإن قلنا إنما يجب بالدخول أو بالفرض إن كان قبل الدخول فهو لها ، لوجوبه حال الحرية ، هذا كله في مفوضة البضع ، أما مفوضة المهر فهي هنا كمن سمي لها .

ثم إن ظاهر النص (١) والفتوى عدم الفرق في خيارها بين كون النكاح دائماً أو منقطعاً ، وهو كذلك إذا احتمال عدم الخيار لها في المنقطع لكونه كالاجارة التي لا تنفسخ بالعتق واضح الضعف ، نعم قد يناقش في استقرار المهر أجمع لو كان الفسخ بعد الدخول بعدم وفائها بالمدّة ، فيتبجح التوزيع ، وقد يدفع بمنافاة التوزيع للقواعد ، وأقصى ما ثبت فيمن لم تف بما هو حق عليها لا في مثل الفرض الذي كان لها الخيار بالشرع ، والله العالم .

ولو أعتقت في العدّة الرجعية فالظاهر أن لها الفسخ في الحال ، ضرورة أولويته من فسخ النكاح المستقر ، وفائدته حينئذ سقوط الرجعة وعدم الافتقار إلى عدة أخرى ، لأنها اعتدت بالطلاق ، والفسخ لم يبطل العدّة ، ولكن لا تكفيها عدة الأمة بل تتم عدة الحرية ، لصيرورتها كذلك ، ولو اختارت المقام لم يصح ، لحصول الطلاق

من الزوج ، فان لم يراجعها حينئذ في العدة بائناً ، وإن راجعها فيها ففي القواعد كان لها خيار الفسخ ، ولعله لفساد الاختيار في العدة وانتفاء ما ينافي الفورية ، فان الطلاق قاطع للنكاح ، فتعتمد عدة أخرى حينئذ عدة حرّة لانقطاع الأولى بالرجوع المفروض ، وإن سكنت قبل الرجعة لم يسقط خيارها بطريق أولى ، فان السكوت لا يدل على الرضا ، ولو دل فلا يزيد على اختيار النكاح .

هذا ولكن قد يقال بمنع عدم تأثير اختيارها البقاء باعتبار وجود علة النكاح التي هي صارت سبباً لصحة الفسخ منها ، بل لعل ذلك لازم لصحة اختيارها البقاء وإن كان هو لا بمعنى على الزوج المفروض حصول سبب آخر منه لفسخ النكاح ، نعم ثمرته عدم جواز الفسخ لها لو رجع بها ، لكون الفرض اختيارها بقاء علة العقد الأول .

ومن ذلك يعلم حال السكوت بناءً على دلالة على الرضا بالبقاء ، أو على منافاته الفورية بعد ما عرفت من صحة اختيارها الفسخ والبقاء حال الطلاق و ترتب ما عرفت عليهما .

ولو كان الطلاق بائناً فأعتقت لم يكن محلاً للفسخ ولا للبقاء ، فلا خيار لها حينئذ ، وكذا لو أعتقت ولم تفسخ لعدم علمه ونحوه مما لا ينافي الفورية ، لكن في القواعد احتمال إيقافه أي الطلاق ، فان اختارت الفسخ بطل وإلا وقع ، واحتمل وقوعه ، و كان منشأ الاحتمال الأول التناهي بين الطلاق والفسخ ، فان نفذ الطلاق بطل حقها من الفسخ ، ولا يمكن القول ببطلانه ، لوقوعه مستجماً لشرائطه ، فيقع موقوفاً كما لو طلق في الردة ، فانه يوقف فان عاد إلى الاسلام تبين صحته وإلا تبين فساده .

وفيه ما لا يخفى من أنه لا وجه لوقوع الطلاق موقوفاً بعد فرض اجتماعه لشرائط الصحة من كامل صحيح العبارة مع بقاء الزوجية ، وعدم صلاحية الاختيار للمنع ، لانحاد مقتضاهما ، وهو انفساخ النكاح ، والفرق بين العتق والردة بظهور البيئونة حال الارتداد إن لم يعد بخلاف ما إذا اعتقت ، فانها لا تبين إلا بالفسخ .

وأضعف من ذلك ما عن المبسوط من احتمال بطلان الطلاق من رأس ، فإنها غير معلومة الزوجية ، وعدم وقوع الطلاق موقوفاً وقال : إنه اللائق بمذهبنا ، إذ هو كما تری ، و إنما اللائق ما عرفت من نفوذ الطلاق وعدم مصادفة العتق محلاً للاختیار كما هو واضح .

ولا يفتقر فسخ الأمة إلى الحاكم لإطلاق الأدلة ، فما عن الشافعية من احتمال الافتقار في غاية الضعف ، كما أن ما عن بعضهم من ثبوت الخيار لها لو أعتق بعضها كذلك ، ضرورة عدم الخيار لها حينئذ عندنا ، للأصل وفهم عتق الكل من النص (١) والفتوى خصوصاً من نحو قوله عنه (٢) « هي أملك ببيعها » نعم إن كملت بعتق كلها اختارت حينئذ ، ضرورة كونها حينئذ كالأمة المعتقة كلاً من أول الأمر . و لو لم تختار حتى ينعق العبد على وجه لا ينافي الفورية كان لها الخيار على المختار من عدم الفرق بين الحر والعبد في خيارها بلا إشكال ، بل يقو . على غيره أيضاً كما عن المبسوط ، لأنه ثبت سابقاً حين كان عبداً فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق على العبد أو غيره ، فكما لا يسقط بعد الثبوت إلا بما يعلم إسقاطه لها فكذا الاختيار ، ويحتمل السقوط لزوال الضرر ، كالعيب إذا علم المشتري به بعد زواله ، و لأن زوجها حين الاختيار حر لا ينفذ فيه الاختيار ، ولأن الرقية شرطه ابتداءً فكذا استدامة ، وفيه منع كون العبرة بعين الاختيار ، بل بعين ثبوته ، و منع الشرط استدامة .

و لو عتقت نعت من نصفه حر كان لها الخيار على المختار بلا إشكال ، بل في الفوائد لها ذلك أيضاً على غيره ، لعله لتحقق النقص برقية البعض ، وفيه أن الخيار على خلاف الأصل ، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو غير المفروض .
 ﴿ وكيف كان ﴾ الخيار على الفور ﴿ اتفاقاً على الظاهر كما في كشف اللثام ، بل في الرياض حكاية الاتفاق عن طائفة ، وهو إن تم الحجة ، لا ما قيل من

(١) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب نكاح المبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب -٥٢- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١١ .

الاقتصار على المتيقن المنافي لإطلاق الأدلة ، بل لعل فورية الخيار على خلاف الأصل لمنع كونه من التخصيص بالأزمان ، فأصالة بقاء الزوجية و لزوم المناكحة منقطعة حينئذ بالعتق المقتضي للخيار المستصحب بفاؤه ، فيعكس الأصل حينئذ ، ومن تعليق الخيار على العتق بالفاء المفيدة للمتعقب بلا مهلة في بعض الروايات العامة (١) التي هي غير حجة عندنا بعد فرض تسليم الدلالة على أنها معارضة بما في بعضها (٢) مما هو مقتضى للتراخي من « دوران معتب خلف بريرة في سكك المدينة باكيًا يترضاها و جعل رسول الله ﷺ شفيعاً في ذلك ، حتى قال لها رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ﷺ أنا امرئي ؟ فقال لها : لا بل إنما أنا شافع ، فقالت : لا حاجة لي فيه ، واحتمال أن ذلك كله قد كان للعقد عليها جديداً مناف لظاهر ما في بعضها من أنه (٣) « يدور خلفها يترضاها لتختاره » و قد ظهر من ذلك أن العمدة في الفورية الاجماع المزبور إن تم .

ومن هنا اتجه بقاء خيارها لو أخرت الفسخ للجهل بالعتق أو الخيار كما عن الأصحاب القطع به ، بل لعله كذلك لوجهل الفورية ، وإن ناقش فيه بعضهم ، بل وفي صورة الجهل بالخيار بعد العلم بالعتق ، وكذا لو نست أحدهما ، ضرورة عدم الاجماع في هذا الحال ، بل لعله محقق على العكس ، ومنافاة السقوط لحكمة مشروعية الخيار و هي الارفاق ، مضافاً إلى بقاء إطلاق الأدلة في هذه الأحوال ، بل في المسالك والرياض قبول دعواها في الجهل والنسيان بيمينها مع الامكان في حقها ، لأن ذلك لا يعرف إلا من قبلها ، وأصالة الجهل مستصحية ، وهو جيمد في الجهل ، أما في النسيان فقد يناقش بأصالة عدمه ، فهي مدعية محضة ، وعدم العلم بالنسيان إلا من قبلها لا يصيرها بحكم المنكر بعد أن لم يكن عنواناً للحكم ، وإلا لاقتضى ذلك تقديم مدعي النسيان في كثير من الموارد المعلوم كون الحكم بخلافها ، فتأمل .
ولو اتقته الصغيرة أو المجنونة تخيرنا فوراً عند البلوغ والرشد بناء على عدم

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢١ .

(٢) (٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢٢ .

قيام الولي مقامهما في هذا الاختيار المبني على الشهوة وإن كان لا يخلو من مناقشة إن لم يكن إجماعاً ، خصوصاً بعد مضي التزويج على المولتى عليها لزوجها الولي بمملوك ، وعلى كل حال فللزواج الوطء قبل الكمال أو بعده قبل الفسخ ، وإن كان لها الفسخ ، لبقاء الزوجية من غير مانع ، كما هو واضح ، وليس الفسخ طلاقاً خصوصاً إذا كان منها ، فإذا فسخت ثم تزوجها بعقد جديد كانت عنده على ثلاث طلاقات إن لم يطلقها قبله ، وهو واضح ، كوضوح عدم جواز المراجعة لها بعد أن تفسخ إلا بعقد جديد ، ضرورة انفساخ عقدها الأول بفسخها المفروض ، فما عن ابن الجنيدي - من أنها لو اختارت رجعه بعد أن اختارت مفارقتها كان ذلك لها ما لم تنكح زوجاً غيره - واضح الفساد بعد معلومية كون المراد من نحو الدليل في المقام الخيار ابتداء كغيره من أفراد .

﴿ ولو أعتق العبد لم يكن له خيار ﴾ وإن كان قد زوجته مولاه مكرهاً ، للأصل بعد اختصاص الدليل بالأمة ، وحرمة القياس خصوصاً مع الفرق بينها وبينه بأن الطلاق المستغنى به عن الخيار بيده دونها ، خلافاً للاسكافي فأثبت له الخيار إذا اعتق وبقية الزوجة أمة ، ولابن حمزة حيث قال فيما حكى عنه : « إذا كانا لمالكين وأعتق أحدهما كان له الخيار دون سيده الآخر ، وإن أعتقا معاً كان للمرأة الخيار - ثم قال بعد ذلك - إن أعتق العبد سيده ولم يكرهه على النكاح لم يكن له الخيار ، وإن أكرهه كان له ذلك » ولكن الجميع كذا ترى وإن كان الأخير خيراً الفاضل في المختلف ، معللاً له بأنه كالحرة المكره ، وهو واضح الفساد ، ضرورة الفرق بينهما بمشروعية الاكراه فيه دونها ، فلا ريب في أن المتجه عدم الخيار له مطلقاً بل ﴿ ولا لمولاه ﴾ وإن كان تحت أمته ، لخروجه بالحرية عن ولاية السيد عليه .

﴿ و ﴾ أولى من ذلك انه ﴿ لا ﴾ خيار ﴿ لزوجه حرة كانت أو أمة لأنها رضيته عبداً ﴾ فأحق أن ترضى به حراً ، كما أو ما إليه الصادق عليه في خبر علي بن

حنظلة (١) في رجل زوج أم ولد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها يكون لها الخيار؟ قال: لا قد تزوجته عبداً ورضيت به، فهو حين صار حراً أحق أن يرضى به، وفي خبر أبي بصير (٢) عنه عليه السلام أيضاً في العبد يتزوج الحرة ثم يعتق فيصيب فقال: لا يرجع حتى يواقع الحرة بعد ما ينعثق، قلت: للجرة عليه الخيار إذا أعتق، قال: لا قد رضيت به وهو مملوك، فهو على نكاحه الأول.

﴿ولو زوج عبده أمته ثم أعتق الأمة أو أعتقهما كان لها الخيار﴾ للإطلاق الذي لا فرق فيه بين اتحاد المولى وتعددده، نعم قد يشكل الخيار فيما لو أعتقا معاً على مختار المصنف بعدم كون الزوج عبداً حين عتقها، لكون الغرض حريتهما دفعة، نعم هو متجه على المختار.

﴿وكذا لو كانا لمالكين فاعتقا دفعة﴾ اللهم إلا يكون الخيار عنده مطلقاً إلا إذا كان الزوج حراً وهي أمة، فانه يتجه حينئذ جزمه بالخيار هنا وإن اختار هناك التفصيل، فينحصر سقوط خيارها عنده بما إذا كان الزوج حراً وهي أمة ثم أعتقت ولو بان سبق عتقه عتقها، لكن لا يخفى عليك صعوبة مساعدة الأدلة على ذلك والأمر سهل بعد ما عرفت من عدم الاشكال فيه وفي غيره على المختار، والله العالم.

﴿ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل عتق الأمة صداقها﴾، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى استفاضة النصوص (٣) أو تواترها به وإن كان الأصل فيه أن النبي صلى الله عليه وآله (٤) اصطفى صفية بنت حي بن أخطب من ولد هارون عليه السلام في فتح خيبر ثم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة حتى زعم مخالفونا أن ذلك من خواصه، لكن انفقت النصوص (٥) والفتاوى على خلافهم، وكفى بذلك دليلاً على الحكم، فلا وجه للاشكال فيه بعدم جواز نكاح المالك

(١) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ - ١.

(٢) الوسائل الباب - ١١١ و ١٢ و ١٣ و ١٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٣) البحار ج ٢٢ ص ٢٠٤ ط الحديث.

(٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد والاماء.

أُمته ، و بعدم جواز جعل العتق مهراً ، ولأنه لا بد من تحقق المهر قبل النكاح ، و بلزوم الدور لتوقف النكاح على العتق وبالعكس ، إذ هو من الاجتهاد في مقابلة النص على أنه يمكن دفع الجميع بأن العتق لما اقترن بالنكاح لم يتزوج أمته ، ضرورة كون المسلم منعه عدم اجتماع التزويج والملك ، لا ما كان نحو المقام الذي يقتضى عموم الأدلة و إطلاقها جوازاً ، و بمنع لزوم تحقق المهر قبل النكاح ، بل يكفى فيه المقارنة أيضاً ، كما أن النكاح يتوقف على اقتران العتق به لا على سبقه له كى يلزم الدور ، إلا أن الانصاف مع ذلك مخالفة المسألة للقواعد في الجملة .

﴿ و ﴾ إنما الكلام في أنه ﴿ يثبت عقده عليها بشرط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول : تزوجتك وأعتقتك وجعلت عتقك مهرك ﴾ كما هو المشهور على ما حكاه غير واحد ﴿ لأنه لو سبق بالعتق لكان لها الخيار في القبول والامتناع ﴾ كما تضمنه خبر علي بن جعفر (١) عن أخيه موسى عليه السلام « سألته عن رجل قال لأُمته : أعتقتك وجعلت عتقك مهرك ، قال : عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجت وإن شاءت فلا ، فإن تزوجته فليعطها شيئاً ، فإن قال : قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فإن النكاح واقع لا يعطيها شيئاً ، وخبر محمد بن آدم (٢) عن الرضا عليه السلام « في الرجل يقول لجاريته : قد أعتقتك وجعلت صداقك عتقك ، قال : جاز العتق والأمر إليها إن شاءت زوجته نفسها وإن شاءت لم تفعل ، فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً » .

و ربما أوجب عنهما باحتمال ابتناء ما فيهما من عدم حصول النكاح بذلك على عدم ذكر صيغة التزويج ، لامن حيث تقديم صيغة العتق عليها لو جاء بهما معاً كما هو مفروض البحث ، بل قد يشكل ما فيهما من نفوذ العتق بأنه مخالف لقصد المعتقد المفروض إرادته النكاح بعقده ، فالمتسجه حينئذ بطلانه أيضاً كالتزويج ، مضافاً إلى مخالفتيهما لاطلاق صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرجل يعتق

(٢٥١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ .

الأمة ويقول : مهرك عتقك ، قال : حسن ، وصحيح ابن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام « أيما رجل شاء أن يعتق جاريته ويجعل صداقها عتقها فعل ، وغيرهما ، وخصوص خبر عبيد بن زرارة (٢) « سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا قال الرجل لامرأته : أعتقك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك فهو جائز ، والمصرح بالجواز (٣) فيه بمعنى الماضي واللزوم في المتقدم فيه العتق على التزويج ، على أن تقدم العتق لفظاً لا يقتضي ترتيب أثره كي يلزم من تقدمه ثبوت الخيار لها حينئذ ، ضرورة كونه بعض الكلام الذي هو كالجملية الواحدة الممنوع ترتيب أثره قبل تمامه .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ : والقائل الشهيدان و جماعة بل لعله المشهور بين من تأخر عنهما : ﴿ لا يشترط ﴾ في الصحة تقدم صيغة التزويج ولا صيغة العتق ، بل يجوز كل منهما ، ﴿ لأن الكلام المتصل كالجملية الواحدة ، وهو حسن ، و ﴾ منه يعلم ضعف ما ﴿ قيل ﴾ من أنه ﴿ يشترط ﴾ في الصحة ﴿ تقديم العتق ﴾ كما هو المحكى عن الشيخين و أبي الصلاح وغيرهم ﴿ لأن بضع الأمة مباح لما لكها ، فلا يستباح بالعقد مع تحقق الملك ﴾ إذ قد عرفت أن الكلام المتصل كالجملية الواحدة التي يترتب أثرها دفعة واحدة عند التمام ، وحينئذ يتحقق العتق والنكاح في آن واحد من غير فرق فيه بين تقدم كل منهما وتأخر الآخر .

﴿ والأول ﴾ و إن كان ﴿ أشهر ﴾ إلا أن الثاني أقوى لما عرفت ، لأن التحقيق في كون المراد من إطلاق النص والفتوى عتق الأمة صداقها أن العتق يكون بالاصداق على معنى أن الشارع قد شرع جعل الأمة نفسها صداقاً في تزويجها ، فتكون حينئذ مالكة نفسها ، وليست هي إلا الحرة ، فيكون طريقاً مخصوصاً للعتق غير العتق بإيجاد الصيغة الخاصة ، ضرورة أن ذلك بعد حصوله بسببه المعدل يقتضي كون الخيار بيدها إن شئت تزوجت وإن شئت لا تزوج ، كما صرح به في الصحيح

الأول (١) و خبر محمد بن آدم (٢) ، و عزمه على جعل ذلك بعد حصوله صداقاً لا يقتضي مشروعيته ، بل هو حينئذ كمن أبرأ ذمة امرأة بصيغة الإبراء ثم أراد أن يجعل ذلك صداقاً لها ، فإنه غير جائز قطعاً ، بخلاف ما لو جعل ما في ذمتها صداقاً لها ، فإنه يكون حينئذ الإبراء بالاصداق نفسه ، فكذا هنا ، واستبعاد جعل الإنسان نفسه صداقاً له في غير محله بعد النص والفتوى ، و ما عساه يتوهم من ظاهر بعض النصوص (٣) من جعل العتق نفسه صداقاً إنما هو قبل إعطاء التأمّل حقه ، وإلا فالمراد الاعتاق بالاصداق وإن تقدم في بعضها (٤) ذكر العتق بلفظ يشبه الصيغة ، لكن المعنى ما ذكرناه على نحو قوله للمرأة : « بمائة مثلاً أتزوجك » فيكون الحاصل من النصوص « أعتقك بأن أجعل العتق صداقك » وبذلك تجتمع جميع الأخبار ، ويكون الخيار في الصحيح (٥) السابق والخبر الآخر (٦) لمكان إرادة العتق بالصيغة الموجبة له ، لا من حيث تقدم العتق ، ولذا قال فيه « فإن قال : قد تزوجتك و جعلت مهر كعتقك فإن النكاح واقع ، فلا يعطيها شيئاً » مع عدم ذكر صيغة للعتق .

ومن الغريب روايته في المسالك « فإن النكاح باطل » إلى آخره ، وجعله دليلاً على ما سمعته سابقاً من التأويل ، مع أنا لم نجده كذلك في شيء من كتب الأصول والفروع ، نعم في كشف اللثام أنه روى الحميري في قرب الإسناد عن عبد الله بن الحسن العلوي ، عن جده عن علي بن جعفر (٧) أول الخبرين كما سمعت ، إلا أنه قال : « فإن قال : قد تزوجتك و جعلت عتقك مهر ك كان النكاح واجباً إلى أن يعطيها شيئاً قال : والمعنى أنه لما لم يأت بصيغة التحرير وقف النكاح إلى أن يأتمى بها ، فيقول بعد ذلك : « فأنت حرة » و العبارة المنتقدة مروية في التهذيب والفقيه مبنية على إيمان

(١ و ٢) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ - ٢ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب ١١ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٥ - ٦ .

(٥ و ٦) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ - ٢ .

(٧) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ ، راجع التعليقة

في الوسائل على هذه الرواية .

المولى بصيغة التحرير ، وهو مع أنه غير الرواية بلفظ « باطل » ، لا يخفى ما في التفسير المزبور من إرادة الواقف منه من الواجب ومن إعطاء الشيء التلفظ بصيغة التحرير ، ولعله حمّله على خطأ الراوي بأن الصحيح ما في التهذيب والفقهاء خصوصاً بعد قوله في السابق « يعطيها شيئاً » لكونها حينئذ حرة قبل التزويج ، بخلاف الثانية التي قد صار صداقها عتقها ، فإنها لا تستحق حينئذ شيئاً لحصول المهر لها كما هو واضح .

وبذلك ظهر لك قوة القول الثاني ، ضرورة أنه على ذلك لا فرق بين تقدم العتق الاصداق وتأخره ، لكونه حينئذ من توابع العقد ، لا أنه إيقاع في ضمن عقد أو بالعكس فإن كلاهما في غاية المخالفة للقواعد بخلاف ما قلناه ، فإنه ليس فيه إلا شرعية الاعتاق بالطريق المزبور .

إلا أنه ربما اشتهر جعل العتق صداقاً ، وتوهم منه إيقاع العتق بصيغته ثم جعله بعد ذلك صداقاً نصوا عليه في صحيح على (١) السابق وخبر ابن آدم (٢) على عدم إرادة ذلك وأنه تكون المرأة معه حرة أمرها بيدها ، بل لو صرح فيه باشتراط التزويج لعدم كون الإيقاع كالعقد في لزوم الشرط ، بل إما أن يكون الشرط فيه خاصة فاسداً أو هو الإيقاع إلا ما دل عليه الدليل كاشتراط خدمة سنة ، ومضمّن سماعة (٣) « سألت عن رجل له زوجة وسريّة يبدو له أن يعتق سريته ويتزوجها ، قال : إن شاء اشترط عليها أن عتقها صداقها ، فإن ذلك حلال ، أو يشترط عليها إن شاء قسم لها وإن شاء لم يقسم ، وإن شاء فضل عليها الحرة ، فإن رضيت بذلك فلا بأس » ، يمكن حمّله على إرادة الاعتاق الاصدافي من الاشتراط فيه ، لا أن المراد عتقها بالصيغة واشترط أن يكون ذلك صداقاً لها ولو في عقد التزويج الذي بوقعه بعد ذلك ، وعلى كل حال فالتحقيق ما عرفت وإن كان لا يوافق بعض الفروع المذكورة في بعض كتب الأصحاب كما ستعرف .

ثم إنه قد يقوي في النظر عدم الحاجة في هذا العقد إلى القبول اكتفاءً بوقوع

(٢٠١) الوسائل الباب ١٢- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب ١٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

ذلك من السيد الذي كان ينبغي وقوعه من الجارية عن القبول ، فيكون في الحقيقة موجباً قابلاً ، وربما يؤيد ذلك خلوص المصاحبة عنه ، بل ظاهرها خصوصاً الصحيح السابق الوقوع بدونه ، والتعليق على الرضا في مضمرة سماعة لم يعلم رجوعه إلى ذلك بل ربما كان ظاهره الرجوع إلى الأخير ، وإن كان هو أيضاً مشكلاً (١) لكنه يكون خارجاً عما نحن فيه ، على أن الظاهر إرادة من اعتبر القبول تأليف صورة العقد لا أن المراد كون الأمر بيدها إن شئت قبلت وإن شئت لم تقبل ، كما عساه يوهمه المضمرة ، بل ربما أوهمه أيضاً بعض عبارات الأصحاب إذ ذلك منافٍ لكونها أمة قبولها إلى مولاه ، وإنما تكون حرة بعد تمام العقد كما هو واضح ، فلا ريب في عدم اعتبار القبول بالمعنى المزبور .

نعم هو محتمل بالمعنى الذي ذكرناه مراعاة لصورة عقد التزويج ، فتقبل حينئذ هي تنزيلاً لما وقع من سيدها منزلة الإيجاب منها أو يقبل سيدها عنها ، وربما كان خلوص النصوص انكالا على الظهور والمفروغة من اعتبار القبول في عقد التزويج وإن وقع ممثلاً له القبول كولي الصغيرين ، ولا ريب في أنه أحوط وإن كان الأول أقوى ، كقوة عدم اعتبار صيغة العتق ضمناً فيه ، بل تكون حرة بالعبارة المذكورة خصوصاً على ما سمعته منّا من التحقيق .

لكن في القواعد الأشكال فيه من ذلك ، ومن أن العتق لا يقع إلاً بلفظه الصريح في الاعتاق ، ولأصالة بقاء الملك والاحتياط ، وفي كشف اللثام هو الوجه ، إلاً أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه ، بل يمكن ظهور النصوص في خلافه ، بل كاد يكون صريح بعضها .

و منه يعلم قوة ما سمعته من التحقيق المتقدم الذي منه أيضاً يظهر لك النظر فيما في القواعد من أنه لو جعل ذلك أي التزويج بجعل العتق صداقاً في أمة الغير فإن أنفذنا عتق المهرتهن مع الإجازة فالأقرب هنا الصحة وإلاً فلا ، ضرورة أنه على ما

(١) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة والمسودة .

ذكرناه . يتجه الجواز حينئذ بناءً على صحة الفضولي في النكاح و في جعل مال الغير مهرًا ، فإن المفروض حينئذ يكون من ذلك ، ولا إشكال فيه بعدم صحة الفضولي في العتق إلا إذا قلنا بصحته من المهرين باجازه الراهن مع إمكان الفرق بينهما بأن للمهرين حقاً في المال و سلطنته عليه في الجملة بخلافه هنا ، على أنه هنا فيه أمر زائد على ذلك ، وهو جعل مال الغير مهرًا ، وقد عرفت فساداً فيما تقدم ، هذا كله من حيث العتق . و أما من حيث النكاح فلا ريب في ابتناؤه صحة وفساداً على صحة الفضولي و فساد ، إذ فساد المهر لا يقضي بفساده ، كما هو واضح ، وربما كان في المحكي في جامع المقاصد عن الشارح الفاضل للقواعد إشارة في الجملة إلى ما ذكرناه ، فانه بنى الحكم في المهر هنا وهو العتق على مقدمتين : إحداهما عتق المهرين و الأخرى أن المجموع عتقها مهرًا هل المهر هو العتق ابتداءً أو هو تمليكها لرقبتها و يتبعه العتق ؟ كما لو تزوج جارية غيره وجعل أبا سيدها المملوك مهرًا لها ، فانه إذا أجاز السيد النكاح دخل أبوه في ملكه فاعتق عليه ، فان المقدمة الثانية صريحة فيما قلناه .

لكن في جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك عنه قال : « والذي يقتضيه صحيح النظر وصادق التأمل أن هذا ليس من مسائلنا في شيء ، لأن العتق في هذا الفرض واقع بلفظ صريح وعبارة تخصه ، وليس من الأمور الحاصلة بالتبعية في شيء ، ومع ذلك فصريح اللفظ أن المهر حقيقة هو العتق ، والتعبير بتمليك الجارية رقبته من الأمور المجازية كما حققناه ، وقد أبطله الشيخ في كلامه قبل ، فكيف يجعل هذا مقدمة للحكم في هذه المسألة ؟ ولا يقال : إنه إنما بنى عليه على زعمهم وإن كان غير صحيح في نفسه ، لأننا نقول : قد بينا أنهم لا يريدون بذلك إلا المجازية ، فلا يعتد بهذا البناء » .

وفيه أنه لا داعي إلى حمل ذلك منهم على المجازية ، لما عرفت من أولويته من جعل العتق بصيغته مهرًا بل ماسمته من النصوص (١) الحاكمة بعود النصف رقباً أو يسعى بقيمته لو طلقها قبل الدخول شاهدة على ذلك ، مضافاً إلى ماسمته وغيره مما يظهر بالتأمل

من الشواهد ، نعم قد يشكل الفرض بجعل ملك الغير مهرأ كما عرفت فيما تقدم ، هذا كله في الفهولية بهذا الوجه .

أمّا قوله : « زوجت أمتي من زيد وجعلت عتقها صداقها » وقبل عنه الفضولي ثم أجاز زيد أحتمل قوياً الصحة وإن كان فيه أيضاً إشكال جعل مال الغير مهرأ ، ولو قال : « زوجت زيدا أمتي وجعلت عتقها صداقها » فأجاز زيد فلا ريب في الصحة بناءً على ما ذكرناه وعلى صحة الفضولي .

بل وما في قوله في الفوائد أيضاً : « الأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهرأ ، ويسرى العتق خاصة » ضرورة كون المراد أنه كما جاز جعل الكل مهرأ يجوز جعل البعض مهرأ وإن جرى العتق حينئذ في الجميع ، لكن يسرى فيه من حيث كونه عتقاً لامن حيث كونه مهرأ ، وتظهر الفائدة فيما لو طلقها قبل الدخول ، فإن ربعها يرجع رقاً أو تسعى فيه لو كان المجهول مهرأ النصف ، ووجه السراية إطلاق قوله (١) عليه السلام : « من أعتق شقصاً من عبد سرى إليه العتق » كما أن وجه عدم الجواز في أصل المسألة الاقتصار على المتيقن .

هذا ولكن عن الشارح الفاضل أنه قال : « على قول من يقول : إن المهر هو تمليك البعارية رقبته تملك نصف رقبته ، وتعتق عليها ولا سراية هنا ، بل تسعى في قيمة نصفها » وفيه أنه قد يشكل حينئذ صحة التزويج بعدم جواز تزويج السيد أمته ، والمفروض بقاء نصفها رقاً حقيقة ، وعتقه موقوف على السعي ، وإنما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف ، وإنما ينفذ مع صحة التزويج ، وعليه يلزم صحة نكاح السيد أمته ، وهو معلوم البطلان وإنما صححناه في صورة كون عتق الجميع مهرأ ، لأن العتق والتزويج يقمان معاً كما تقدم ، نعم قد يقال بعموم دليل السراية لنحو الفرض فيتجه حينئذ الصحة .

كما تتجه أيضاً في المبعوضة التي بعضها حر ، فيتزوجها بجعل عتق ماله صداقاً بناءً على عدم الفرق بين الكل والبعض ، نعم لا ريب في اشتراط رضاها هنا ، لحريية البعض .

ولو كانت مشتركة بينه وبين غيره فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهرأ لها ففي القواعد الأقرب الصحة ، ويسرى العتق ، ولا اعتبار برضا الشريك ، وكذا لا اعتبار برضا لو جعل الجميع مهرأ أو جعل نصيب الشريك خاصة ، وكأنه بنى ذلك على السراية قهرأ وإن لم يؤد قيمة نصيب الشريك ، أو على أن الأداء كاشف ، فانه حينئذ يكون صحيحاً لانتقال نصيب الشريك إليه حينئذ بالسراية ، وصيرورتها بذلك كمملوكته التي جعل عتق بعضها مهرأ ، ولا يشكل ذلك بأن السراية إنما يتحقق بعد تحقق العتق لنصيبه الموقوف على تمام العقد ، لامكان دفعه بأن الجميع يتحقق بأن واحد ، والترتب ذاتي لازماني ، وبذلك بان عدم اعتبار رضا الشريك ، بل وعدم اعتبار رضا المملوكة بناءً على عدم اعتباره في مملوكته على ماسمعتة ، ضرورة كون ذلك منها ، نعم يتجه توقف الصحة على اعتبار رضا الشريك بناءً على عدم السراية حتى يؤدى القيمة ، لكون الجزء باقياً على ملك الغير ، فلا ينفذ النكاح بدون إذنه أو إجازته ، واحتمال ابقائه موقوفاً على الأداء كما ترى ، بناءً على تأثير الأداء في الحرية ، لا على كونه كاشفاً ، ضرورة تحقق الحرية بعد حصول عقد النكاح ، كما هو واضح . ومما عرفت ظهر لك عدم الفرق بين جعل عتق نصيبه مهرأ أو جعل عتق الجميع مهرأ أو عتق حصة الشريك خاصة ، في اشتراك الجميع بعدم اعتبار رضا الشريك الذي قد عرفت زوال شر كته بالسراية المحاصلة بعتق نصيبه المقتضى ذلك لانتقال حصة الشريك إليه .

لكن الانصاف مع ذلك عدم خلو المسألة عن إشكال من حيث عدم اندراجها في النص ، خصوصاً بناءً على ما ذكرناه من كون الاعتاق بالاصداق ، فانه لا يتم معه صورة جعل الصداق حصة الشريك خاصة ، فتأمل جيداً .

كما أنه لا يتم على ذلك أيضاً ما لو أعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهرأ أو بالعكس بأن جعل عتق الجميع بعض المهر ، كأن أمهرها معه ثوباً مثلاً ، فانه لا وجه مع فرض كون الاعتاق بالاصداق لعتق الكل وجعل البعض مهرأ ، نعم لا بأس بصورة العكس بأن يجعل الصداق عتقها وشيئاً آخر ، كما أنه لا بأس باصداقها بعض

رقبتها بناءً على السراية بمثل ذلك ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ أم الولد لا تنعتق إلا بعد وفاة مولاه ﴾ ضرورة عدم كون الاستيلاء عتقاً وإن منع من بيعها ، بل مطلق نقلها مادام الولد حياً ، نعم لو مات مولاه والولد حيٌ عتقت ﴿ من نصيب ولدها ﴾ اتفاقاً إن وفي ، لانتقالها كلاً أو بعضاً إليه بالارث ، فينعتق عليه كلها أو بعضها ، ويسرى العتق في الباقي ، فتقوم عليه من نصيبه .

﴿ ولو عجز النصيب ﴾ عن الكل ﴿ سعت ﴾ هي ﴿ في المتخلف ﴾ عند الأكثر ﴿ ولا يلزم ولدها السعي فيه ﴾ أو الفك من ماله غير الارث ، ﴿ وقيل ﴾ و القائل الشيخ في محكي النهاية : ﴿ يلزم ﴾ الولد السعي إن كان قيمتها ديناً على المولى ولم يتخلف سواها إلا أن يموت قبل البلوغ ، فتباع ويقضى بثمنها الدين ، وفي محكي الوسيلة كذلك إن كان عليه دين في غير ثمنها ، ﴿ و ﴾ لا ريب في أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده ، كما عرفته في الجملة في كتاب البيع ، و تعرفه فيما يأتي إن شاء الله .

﴿ ولو مات ولدها وأبوه حيٌ جازييعها و ﴾ غيره لأنها حينئذ ﴿ عادت إلى محض الرق ﴾ الخالي من تشبث الحرية ﴿ و ﴾ صارت كمالها قبل الولادة ، بل ﴿ يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبته إذا لم يكن لمولاه غيرها ﴾ كما عرفته مفصلاً في كتاب البيع ﴿ و ﴾ يأتي إنشاء الله له تتمّة .

بل ﴿ قيل ﴾ والقائل ابن حمزة : ﴿ يجوز بيعها بعد وفاته في ديونه وإن لم يكن ثمناً لها إذا كانت الديون محيطة بتركته ، بحيث لا يفضل عن الدين شيء أصلاً ﴾ لأنه لا نصيب للولد حينئذ ، وهو مبني على عدم انتقال التركة إلى الورثة مع الدين ، وهو ممنوع كما حققناه في محله ، ولقول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (١) :

(١) أشار إليه في الوسائل في الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء الحديث ٤ من كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء . وذكره في التهذيب ج ٨ ص ٢٤٠ الرقم ٨٤٥ .

« وإن مات وعليه دين قومته على ابنها ، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها ، وهو مع ضعفه سنداً ودلالة معارض بغيره مما عرفته و تعرفه ضرورة كون المقام غير مقامه ، وإنما ذكر المصنف ذلك كله مقدمة لقوله : ﴿ ولو كان ثمنها ديناً فتزوجها المالك وجعل عتقها مهرها ثم أولدها وأقلس بثمنها ومات بيعت في الدين ﴾ .

﴿ و هل يعود ولدها رقاً ؟ قيل ﴾ و القائل الشيخ و ابنا الجنيد و البراج : ﴿ نعم ﴾ هورق للمولى الأول بل وأمه كذلك أيضاً ﴿ لرواية هشام بن سالم ﴾ (١) له صحيحاً عن الصادق عليه السلام في موضع من التهذيب ، و في آخر عن أبي بصير (٢) عن الصادق عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكر إلى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها ، وجعل مهرها عتقها ، ثم مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن كان الذي اشتراها له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فان عتقه ونكاحه جائز ، وإن لم يملك مالاً أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه باطلاً لأنه عتق مالا يملك ، و أرى أنها رق لمولاه الأول ، قيل له : وإن كانت علقته من الذي أعتقها وتزوجها مساحل ما في بطنها ؟ فقال : الذي في بطنها مع أمه كهيئتها » .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ الأ شبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ﴿ أنه لا يبطل العتق ولا النكاح ، ولا يرجع الولد رقاً ﴾ وفاقاً لابن إدريس و أكثر المتأخرين ﴿ لتحقق الحرية فيهما ﴾ و الحر لا يعود رقاً ، والخبر مطروح أو محمول على ما في القواعد من حمل عود الرق فيه على وقوع العتق في مرض الموت والقرض عدم الثالث له ، لاستغراق الدين ، و إن كان فيه أن ذلك يفسد عتقها لا حرية الولد ، إلا أن يحمل قوله عليه السلام : « كهيئتها » على المساواة في الحرية ، لكنه بعيد جداً من اللفظ ومن انكشاف عدم الحرية .

(١) الوسائل الباب ٢٥- من كتاب العتق الحديث ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٣ الرقم ٧٦٢ .

أوعلى ما عن بعضهم من وقوع العتق مضاراً ، فلا ينفذ لخلوه عن القرية حينئذ وإن كان فيه أيضاً أن ذلك لا يتم في الولد .

أوعلى ما عن آخر من كون البيع فاسداً وعلم المشتري بذلك على وجه يكون زائياً ، فأنه حينئذ يفسد العتق والنكاح ، ويكون الولد رقاً ، وإن أورد عليه في كشف اللثام بأنه لاجهة لفساده إلا أن يقال : إنه حينئذ سفيه لا ينفذ عتقه ولا عقده ، وفي غيره بأنه لا وجه للتقسيم حينئذ في الخبر ، قلت : يمكن أن يكون وجه الفساد اعتبار وجود المقابل في صحة الاستدانة ولو بطريق الغراء نسيئة كما ذهب إليه بعض الأفاضل من مشائخنا ، أو اعتبار العزم على الأداء كما سمعته في كتاب القرض وغيره ولم يكن عازماً بقريئة مياديرته للاعتاق مع علمه بعدم شيء عنده ، ولعل هذا وسابقه أولى من جميع ما ذكر في تأويله ، بل يمكن إرادة القائل بالفساد ذلك . ومنه يعلم ما في كشف اللثام من أن الأجود طرحه ، لأن الخبر لضعفه ومخالفته الأصول لا يصلح للعمل ، وكأنه تبع بذلك فاني الشهيد بن في المسالك ، فأنه طعن في صحتها باشتراك أبي بصير بين الثقة وغيره وباضطرابها ، لأن الشيخ - ره - تارة رواها عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام من غير واسطة ، وأخرى عن أبي بصير ، فهي مضطربة الأسناد ، فلا تكون حجة كما قرر في علم دراية الحديث ، ثم قال : فإذ كانت الرواية هكذا حالها لم يصعب إطراحها في مقابلة الأمور القطعية التي تشهد لها الأصول الشرعية ، وقد يناقش بمنع اشتراك أبي بصير بين الثقة وغيره ، بل كل منهما ثقة كما حرر في محله ، ولو سلم فالخبر صحيح أو موثق ، وكل منهما حجة ، فالأولى تأويلها بما سمعت .

ثم لا يخفى أن اللائق بالعمل بالخبر المزبور الجمود على ما فيه من القيود المحتمل مدخليتها في الحكم المزبور ، ولعل إطلاق الشيخ الثمن مع كونه في الرواية نسيئة للقطع عنده بعدم احتمال المدخلة ، فضلاً عن احتمال مدخلية خصوص النسيئة ، كالقطع بعدم اعتبار البكارة ، بل لم يعتبر الشيخ الحمل ، فلم يفرق بين موته وهي حامل أو بعد وضعها ، مع احتمال الفرق بتبعية الحمل للحامل في كثير من الأحكام أو مطلقاً عند قوم ، اللهم إلا أن يقطع في خصوص المقام بذلك ، ضرورة عدم الفرق

في حرّيته بين كونه حملاً أو مولوداً ، نعم يتّجه الفرق بين الأمة والعبد ، فلوا اشتراه سيئة أو مطلقاً وأعتقه لم يعد رقاً ، هذا كله مع العمل بالخبر المزبور ، لأعلى ما ذكرناه من الوجه في تأويله ، أما عليه فلا فرق بين جميع ذلك كله ، كما أنه لا إشكال في شيء منه على من أ طرح الخبر المزبور ، كما هو واضح ، والله العالم . كل ذلك في العتق من الطواريء

﴿ وأما البيع ﴾

﴿ فاذا باع المالك الأمة ﴾ المزوجة بعبد مملوك للبائع أو غيره أو لهما أو حرّ كلاً أو بعضاً من واحد أو متعدد ﴿ كان ذلك كالطلاق ﴾ ، بلا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى خبر الحسن بن زياد (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جازية يعطاها قبله أن لها زوجاً ، قال : يعطاها ، فإن بيعها طلاقها ، وذلك أنهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا » وصحيح عبد الرحمن (٢) « سأله عليه السلام عن الأمة تباع ولها زوج ، فقال : صفقتها طلاقها » وصحيح محمد بن مسلم (٣) « عن أحدهما عليه السلام : طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها ، وقال في الرجل يزوج أمته رجلاً حرّاً ثم يبيعها ، قال : هو فراق ما بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما » وحسنه بريد و بكير عن الباقر والصادق عليه السلام (٤) « من اشترى مملوكة لها زوج فإن بيعها طلاقها ، فإن شاء المشتري فراق بينهما ، وإن شاء على نكاحهما » .

﴿ و ﴾ منه يعلم إرادة أن ﴿ المشتري بالخيار بين إمضاء العقد وفسخه ﴾ من حمل الطلاق على البيع فيه وفي غيره ، مضافاً إلى خبر الكناشي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار ، إن شاء فراق بينهما ، وإن شاء تركها معه ، فإن هو تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد ما أمضى ، قال : وإن بيع العبد فإن شاء مولاه الذي اشتراه أن يصنع مثل ما صنع صاحب

(١) الوسائل الباب ٤٧- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢-٣-١-٤

وفي الرابع « وإن شاء تركها على نكاحهما » .

(٥) الوسائل الباب ٤٨- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

الجارية فذلك له ، وإن هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم ، لا أنه طلاق حقيقة ، بل ولا أنه في حكم الطلاق من حرمة المواقعة وغيرها قبل أن يفسخ المشتري إلا أن يشاء المشتري إبقاء العقد وإن كان هو أقرب إلى الحمل والتشبيه ، بل هو ظاهر خبر ابن زياد وصحيح ابن مسلم ، فيكون شبه الفضولي قبل الإجازة بمعنى احتياج الصحة فيه إلى إنشاء الرضا دون الفساد ، فأنه يكفي فيه عدم إنشاء الرضا أو شبه الطلاق الرجعي المتوقف بتحقيق الرجعة فيه على إنشائها ، دون مضي الطلاق الذي يكفي فيه عدم إنشاء ما يقتضي الرجوع ، بل لمكمله لا ينافي ذلك الخبران بعد أن كان التفريق يكفي فيه عدم إرادة إبقاء العقد ، فتجتمع حينئذ جميع النصوص على معنى واحد ، خصوصاً بعد تعذر العمل على ظاهري خبري التخيير المقتضي توقف إمضاء العقد على إرادة إمضائه المخالف لمقتضى الخيار ، ضرورة كون المحتاج فيه إلى إنشاء الفسخ خاصة دون الامضاء الذي يكفي فيه العقد الأول ، كما في سائر أفراد الخيار لكن الاجماع ظاهر على كون المراد بذلك الخيار منع منه ، فإن تم كان هو الحجة وحينئذ فالنكاح باق إلا أن يفسخ كغيره من أفراد النكاح ذي الخيار وإلا كان الأقوى ما عرفت .

وعلى كل حال فما في الخبر البصري (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يبتاع الجارية ولها زوج حر ، قال : لا يحل لأحد يمسه حتى يطلقها زوجها الحر ، قاصر عن معارضة ما عرفت من وجوه ، فيجب حمله على صورة إقرار المشتري الزوج على عقده أو تخصيصه باختيار المشتري الفسخ أو غير ذلك ، لقوة تلك الأدلة المؤيدة بتضرر المالك بالتزامه ببقاء النكاح الذي من المحتمل اعتبار استدانة المالك في مضيته . ومن ذلك وما هو كالتعلييل في خبر زياد (٢) يعلم عدم الفرق في الحكم المزبور بين البيع وغيره من الناقل الاختياري ، بل والفهرى كالارث ، ضرورة كون المنشأ في ذلك تجدد المالك ، بل لأنه يحتمل ثبوته للبائع لو عاد إليه ولو بفسخ أو إقالة .

(٢٠١) الوسائل الباب -٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٧-٢ والثاني

خبر ابن زياد .

ولو أوقف العبد المتزوج مثلاً على الفقراء أو على جهة عامة وقلنا بانتقال العين الموقوفة كذلك لله أو للفقراء احتتمل أن الخيار بيد الحاكم، وكذا لو دفعه إلى الحاكم خمساً للسادة أو زكاة للفقراء، ويحتتمل العدم اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن، ولعل الأول لا يخلو من قوة، ولو دفعه الحاكم إلى خصوص فقير احتتمل أيضاً كون الخيار له، لتجدد ملك للشخص غير ملك الجنس، فيثبت الخيار حينئذ له وإن كان قد أمضاء الحاكم من قبل، فتأمل جيداً.

ثم لا فرق في ذلك بين أفراد النكاح، لأن ثبوته في الأقوى يقتضي ثبوته في الأضعف بالطريق الأولى، والتشبيه بالطلاق لا يقتضي اختصاصه فيما يقبله، بل الظاهر عدم ثبوت الخيار في التحليل منه، لانقطاع الأذن بانتقال الملك، فيحتاج حينئذ إلى عقد جديد، نعم لو كان منقطعاً ففسخ المشتري قبل مضي المدة احتتمل رجوع الزوج على البائع بما قابل المدة من المهر، وفيه إشكال يعرف مما قد مناه سابقاً، بل وفي الفسخ قبل الدخول فضلاً عن ذلك.

﴿و﴾ كيف كان ف﴿خياره على الفور﴾ وحينئذ ﴿فإن علم ولم يفسخ لزم العقد﴾ بخلاف في الظاهر كما اعترف به في الرياض، بل فيه أن ظاهرهم الاجماع عليه، لخبر الكناي (١) مؤيداً بما دل من النصوص (٢) على أن سكوت المولى بعد بلوغهم تزويج عبيدهم إجازة، وبقاعدة الاقتصار على المتيقن، واندفاع الضرر معها، ودلالة التأخير على الرضا، لكن الجميع كما ترى غير صالح لقطع الاستصحاب و تقييد الاطلاق، والمراد بتركها معه في خبر الكناي إن شاء الأبقاء الذي يؤول إلى إسقاط حق الفسخ وهو غير ما نحن فيه، نعم إن تم الاجماع كان هو الحجة وإلا كان للنظر فيه مجال، ومن هنا اتجه بقاء الخيار مع الجهل به، كما صرح به عن غير واحد، بل في الرياض نفى الخلاف عنه، بل لا يبعد إلحاق الجهل

(١) الوسائل الباب ٤٨- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٦- من أبواب نكاح المبيد والاماء .

بالفورية به أيضاً وفاقاً لبعضهم ، للأصل و الاطلاق السالمين عن معارضة الاجماع هنا قطعاً .

﴿ وكذا حكم العبد إذا كان تحت أمة ﴾ وبيع فان مشترى بالخيار أيضاً على حسب ماسمعه في الأمة بلا خلاف أجده ، لصحيح ابن مسلم (١) وخبر الكناي (٢) المتقدمين ، والتعليل في خبر ابن زياد (٣) المؤيدة بما سمعته .

﴿ وأما ﴾ لو كان تحت حرّة فبيع ﴾ فالمشهور أيضاً أنه ﴿ كان للمشتري الخيار ﴾ في نكاحه ، لخبر الكناي (٤) والتعليل (٥) المؤيدتين بقاعدة تسلط المالك على ملكه في ابتداء النكاح ، فكذا استدأته ، خلافاً لابن إدريس وجماعة كما قيل ، بل في محكي السرائر أن الشيخ أورد ذلك في النهاية إيراداً لا اعتقاداً ، وقد رجع عنه في مبسوطه فقال : « وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاة فالنكاح باق بالاجماع ، للأصل واختصاص المثبت للمحكم بغيره مع حرمة القياس » بل ظاهر قول المصنف هنا : ﴿ على رواية فيها ضعف ﴾ سنداً ودلالة الميل إليه مشيراً بذلك إلى خبر محمد بن علي (٦) عن أبي الحسن عليه السلام « إذا تزوج المملوك حرّة فللمولى أن يفرق بينهما ، فان زوجته المولى حرّة فله أن يفرق بينهما » إذ ليس له التفريق إلا بالبيع المعرض له ، وإن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما قلناه من أننا في غنية عن هذا الخبر بما سمعت ، على أن ضعف السند ينجبر بالشهرة ، بل والدلالة التي لا يقدح فيها عدم جواز التفريق له بغير البيع ، ضرورة أن أقصى ذلك خروج مثل هذا الفرد من الاطلاق ومعقد إجماع المبسوط بقاء النكاح الذي لا ينافي ثبوت الخيار ، ولكن مع ذلك كله

(١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٦) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣ .

فلاحتياط لا ينبغي تركه .

﴿ ولو كانا ﴾ أي العبد والأمة ﴿ لمالك ﴾ متحد ﴿ فباعهما لثنين ﴾ دفعة أو تريباً على جهة الشركة بينهما أو اختصاص كل واحد بواحد ﴿ كان الخيار لكل واحد من المبتاعين وكذا لو اشتراهما واحد ﴾ بلا خلاف ولا إشكال لاطلاق الأدلة ﴿ وكذا لو باع أحدهما كان الخيار للمشتري ﴾ أيضاً لذلك ﴿ وللبائع ﴾ عند المصنف وجماعة استصحاباً لحاله السابق قبل البيع ، ولإطلاق النصوص (١) كون البيع طلاقاً ، ولاشترائه مع المشتري في المعنى المقترض لجواز الفسخ ، وهو النضر بمعنى تزويج مملوكه لغير مملوكه ﴿ وحينئذ ﴾ لا يثبت عقدهما إلا برضا المتبايعين ﴿ ضرورة عدم الاكتفاء بأحدهما بعد أن كان الخيار لكل منهما ، لتقدم الفسخ على غيره . كما في كل خيار مشترك ﴾ ولو ﴿ أمضيا ﴾ حصل بينهما أولاد كانوا لموالي الأبوين ﴿ كالمتنا كحين ابتداء باذن من موليهما الذي قد عرفته فيما تقدم ، وعرفت ضعف الخلاف فيه وهو اللاحق بالأم .

إنما الكلام في ثبوت الخيار للبائع ، وتفصيل البحث فيه أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار له إذا لم يكن مالكاً إلا من باعه ، ضرورة انقطاع سلطنته حينئذ ، وماعساه يظهر من ثانی الشهيدين في الروضة وفي أوّل البحث من المسالك أن ثبوت الخيار له حينئذ اشتباه قطعاً ، أمّا إذا كان مالكاً للأخر فقد عرفت تصريح المصنف وغيره بثبوت الخيار له لما عرفت ، لكن ظاهرهم اختصاصه بذلك ، فلا يثبت الخيار لمالك العبد مثلاً غير البائع ببيع الأمة منه خلافاً للشيخ وابن حمزة والفاضل وغيرهم فاته يثبت الخيار له عندهم ، ولعل وجه جريان الاستصحاب فيه دون غيره ، ودعوى ظهور انسياق البائع من قوله فإنه (٢) : « طلاق الأمة بيعها » في نحو الفرض دون المالك الأخر الذي يقتضى الأصل لزوم العقد بالنسبة إليه .

فيتحصل حينئذ في المسألة أقوال ثلاثة : (أحدها) عدم الخيار لغير المشتري مطلقاً كما

هو خيرة ابن إدريس للأصل وظهور النصوص (١) في إرادته عن نحوه قوله عليه السلام (٢) : « طلاق الأئمة يبيعها » بقرينة تفريع ذلك عليه في بعضها ، وظهور الفرق في بطلان القياس عليه بأنه لم يحصل منه رضا بالنكاح أصلاً بخلاف المالك الأول .
(ثانيها) ثبوته لمالك الآخر الذي لم يبيع سواء كان هو البائع أو غيره ، لاختلاف الأغراض في نكاح المماليك بالنسبة إلى المالكين ، ولإطلاق نحوه قوله عليه السلام (٣) : « يبيع الأئمة طلاقها » .

(ثالثها) التفصيل بين البائع وغيره ، فيثبت الخيار له دون غيره ، للفرق بينهما بالاستصحاب فيه و عدمه في غيره ، لكنه كما ترى هو أضعفها ، ضرورة أن التخيير الذي كان له إنما هو من حيث كونه مولى لهما ، والفرض زواله بالبيع ، فلا وجه لاستصحابه ، على أن محل البحث في التخيير الحاصل بسبب البيع ، وغير الاستصحاب مما ذكرناه دليلاً لذلك لا يخص البائع .

و بذلك ظهر لك أن المتبجح أحد القولين دون التفصيل ، والأقوى اختصاص الخيار بالمشتري ، للأصل السالم عن معارضة النصوص ، أمّا على ما قلنا - من كون المراد من « يبيع الأئمة طلاقها » حصول حكم الطلاق بمجرد البيع من غير فرق بين كون الزوج مثلاً ملكاً للبائع أو لغيره إلا أن شاء المشتري إبقاء نكاحهما ، لصيرورته استدامة النكاح بالنسبة إليه كالنكاح الفضولي ابتداءً ، أو صيرورة البيع بالنسيئة كالطلاق الرجعي . وأن أمر الرجعة إليه - فواضح ، إذ ليس في شيء من النصوص اعتبار رضا مولى الآخر سواء كان هو البائع أو غيره ، وأمّا على إرادة الخيار منه فلا ريب في كونه غير الظاهر منه ، لكن للقرينة - وهي قوله عليه السلام (٤) : « فان شاء المشتري » إلى آخره وقوله عليه السلام (٥) : « إلا أن يشاء المشتري » إلى آخره - حمل على ذلك ، ولا ريب

(١ و ٢) الوسائل الباب ٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-١٠ .

(٣) الوسائل الباب ٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢-٣-٩ .

(٤ و ٥) الوسائل الباب ٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٣-١٠ .

في افتضاءها- خصوص المشتري دون غيره ، و دعوى أن التفریع لا يقتضي التخصيص يدفعها عدم المقتضى للتعميم ، ضرورة كونه خلاف الظاهر على أنه غير تام في قوله **فإن** هو فراق ما بينهما إلا أن يشاء المشتري ، كدعوى كون المراد ولو بالقرينة تزلزل العقد بالنسبة إلى كل من له تعلق به ، فيعم المشتري ومولى الآخر ، بل والبائع وإن لم يكن مولى كما سمعته من ظاهر عبارة الروضة ، ضرورة عدم الشاهد عليها . والقرينة لاتصلح لميرماعرفت ، فتبقى حينئذ أصالة اللزوم سالمة عن المعارض ، ويختص الخيار بالمشتري ، ودعوى الاشتراك في العلة من القياس الممنوع ، والله العالم .

﴿ مسائل ثلاث ﴾

﴿ الاولى ﴾

﴿ إذا تزوج أمته ملك المهر ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لثبوتها في ملكه ﴾ باعتبار كونه عوضاً للبضع المملوك له ﴿ فإن باعها قبل الدخول ﴾ وقلنا إن البيع نفسه بحكم الفسخ أو فسخ المشتري بخياره ﴿ سقط المهر ﴾ لانفساخ العقد الذي ثبت المهر باعتباره ﴿ من غير قبل الزوج ﴾ لا نصفه إن قبضه كما عن المبسوط ، ضرورة عدم كونه طلاقاً ولا فسخاً من قبل الزوج ملحقاً به لوقلنا بحجية القياس ، وإطلاق النصوص (١) كون البيع طلاقاً يراد منه ما عرفت ، لأن المراد لحوق حكم الطلاق على وجه يشمل ذلك قطعاً .

نعم قد يتخيل ثبوته أجمع للسيد الأول ، لملكه له بالعقد ، فالاستصحاب يقتضى ثبوته له بعد فرض عدم الدليل على ثبوت حكم البيع من المعادضات هنا باعتبار عدم التقابض ، خصوصاً بعد أن كان الصحيح ثبوت المهر بالموت ، لكن فيه أن الاجماع

(١) الوسائل الباب -٤٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث -١٠- .

ظاهر أ على أن الفسخ منها أو ممّا في حكمها قبل الدخول مسقط للمهر، وفي النصوص ما يدل (١) عليه، بل ربّما كان في قوله تعالى (٢) : « وقد أفضى بعضكم » إلى آخره ، نوع إشعار به في الجملة ، بل قد عرفت فيما مضى أن مقتضى انفساخ العقد ردّ كل عوض إلى صاحبه ، والموت لا انفساخ فيه ، والفرض هنا أنه فسخ بالخيار الذي جعله الشارع له ، ولا يرد على ذلك الفسخ بعد الدخول ، ضرورة حصول العوض لمن له فيه باستيفائه ولو مرة ، نعم لو فرض هنا كون العقد منقطعاً وقد مضت مدّة وكان عدم الدخول منه لا منها توجه استقرار ملك السيد لما قبل المدّة من المهر ، هذا كلّهُ فيما إذا فسخ المشتري .

﴿ فان أجاز ﴾ أي ﴿ المشتري كان المهر له ﴾ عند ابن إدريس - ره - ومن تأخّر عنه ﴿ لأن إجازته كالعقد المستأنف ﴾ المقتضى ملك المهر لمالك البضع ، وفيه أنه لا يتم على ما ذكره من الخيار الذي معناه أن له فسخ العقد ، فمع فرض عدمه يكون العقد السابق تاماً في الاقتضاء على حسب ما وقع ، والفرض أنه كان مقتضياً لملك السيد الأوّل المهر ، ودعوى أنه بعدم فسخه ينتقل ملك المهر من السيد الأوّل إلى السيد الثاني من الغرائب التي لا توافق شيئاً من الأدلة ، بل الأدلة أجمع على خلافها ، ومن هنا لو أعتقت الأمة المزوجة قبل الدخول ولم تفسخ كان المهر للسيد بلا إشكال ولا خلاف .

و دعوى الفرق بين المقامين - بعدم افتضاء العتق نقل المنافع ، لكونه فك ملك ، فيكون التزويج فيه حينئذ كاستثناء المنفعة له التي يتبعها بقاء عوضها له أيضاً ، بخلاف البيع الذي يقتضي نقل المنفعة للمشتري المقتضى انتقال عوضها إليه دون البائع - كما ترى لا محصل لها ، ضرورة أنه إن كان التزويج السابق شبيهاً باستثناء المنفعة فليكن ذلك فيهما وإلا فلا ، فإن المنفعة تابعة للعين ، من غير فرق بين الحرية والملكية وإن كانت في الأوّل تكون للمحرر وفي الثاني تكون للمالك ،

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) سورة النساء : ٢ - الآية ٢١ .

فلاريب في أن المتبج في مفروض البحث كون المهر ملكاً للسيدة الأولى كما اقتضاء العقد أولاً ، بل لا يبعد ذلك في العقد الموجب لمهر المثل أيضاً بخلاف ما يوجب الدخول فيه لفساد العقد ، فانه للثاني ، لكون الموجب له قد وقع في ملكه دون الأول .

و بالجمله كل ما كان من مقتضى العقد فهو للأول مع فرض عدم الفسخ ، وكل ما يوجب الدخول فهو للثاني لما سمعت ، على أنه لا إجازة هنا حقيقة بناءً على ما ذكره من الخيار ، بل أقصاء عدم فسخ ، والعقد تام في الاقتضاء ، نعم أوقفنا: إن البيع بحكم الفسخ وإن استدامة العقد كالعقد فضلاً على المالك الجديد فأجازته أنتجه حينئذ ملكه للمهر دون السيد الأول لكون العقد حينئذ على ملكه بعد انفساخ العقد بالنسبة إلى الأول وسقوط استحقاقه للمهر لكونه قبل الدخول ومن قبله لامن قبل الزوج بناءً على اقتضائه ذلك ، فتكون الاستدامة حينئذ كالعقد الجديد (١) وبذلك يظهر لك الحال في المنقطع أيضاً ، فانه كالدائم بالنسبة إلى ذلك ، كما هو واضح .

﴿ ولو باعها بعد الدخول ﴾ الموجب لاستقرار المهر ﴿ كان المهر للأول ، سواء أجاز الثاني أو فسخ ، لاستقراره ﴾ وهي ﴿ في ملك الأول ﴾ ودعوى - أن بيعه لها متلف للبضع على الزوج أو معرض للتلف فيضمن له مهر المثل - واضحة الفساد بعد أن عرفت فيما تقدم أن البضع ليس من الأموال التي تضمن بأمثال ذلك مما هو جائز شرعاً إيقاعه ، نعم ربما أشكل بعض الناس ذلك في المنقطع بأن الفسخ فيه وإن كان بعد الدخول يقتضي توزيع المهر على المدة ، فلا يتوجه استحقاق السيد المهر أجمع فيه ، وقد يدفع باحتمال إرادة الأصحاب خصوص الدائم هنا ، وبامكان منع اقتضاء ذلك في المنقطع أيضاً ، بل المهر فيه كالمهر في الدائم ، وإنما شابهه الإجازة في خصوص تخلف المرأة في المدة مع استحقاقها عليها ، والمقام ليس من ذلك قطعاً

(١) فهو حينئذ شبه إجازة الموقوف مدة قد انتقل الموقوف في أثناءها إلى البطن الآخر فأجاز الإجازة ، فان الإجازة حينئذ فيما قابل المدة الباقية تكون لهم للمؤجر الأول .

(منه رحمه الله)

كما تكرر ذلك منا غير مرة ، فتأمل ، والله العالم .
وكيف كان فالتحقيق في أصل المسألة ما سمعته ﴿ و ﴾ إن كان ﴿ فيها أقوال
مختلفة ، و ﴾ لكن ﴿ المحصل ﴾ للمحصل ﴿ ما ذكرناه ﴾ .

(منها) ما في النهاية « إذا زوج الرجل أمتة من غيره وسمى لها مهرأ معيناً
وقدّم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً ثمّ باع الرجل البارية لم يكن له
المطالبة بباقي المهر ، ولا لمن يشتريها إلا أن يرضى بالمقد ، ونحوه عن ابن
البراج ، وهو مع عدم صراحته في المخالفة لا يوافق شيئاً من الأدلة حتّى خبر
أبي بصير (١) الفاقد شرائط الحجية عن أحدهما ^{عليه السلام} « في رجل زوج مملوكته من
رجل على أربعمئة درهم ، فعجل لها مائتي درهم ثمّ أخّر عنه مائتي درهم ، فدخل
بها زوجها ، ثمّ إن سيدها باعها بعد من رجل ، لمن يكون المأتان المؤخرة عنه ؟
فقال : إن لم يكن أوفاهما بقية المهر حتّى باعها فلا شيء عليه له ولا لغيره » الذي
حمّله في المختلف على إرادة الخلوة من الدخول لا الإيلاج ، وقوله ^{عليه السلام} « إن لم
يكن » إلى آخره ، معناه إن لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفى بها
المهر ثمّ باعها لم يكن له شيء في الفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول ولا لغيره إذا
لم يجز المقد .

(و منها) ما في محكي المبسوط المضطرب ، فانه تارة حكم بأن البائع إن
قبض المهر لم يكن للمشتري شيء ، لأنّه لا يكون مهران في عقد ، وإن لم يقبض
استحققه كمالاً إن دخل بعد الشراء أو نصفاً إن لم يدخل ، وأخرى بأنه إن دخل
بعد الشراء كان نصف المهر له بالدخول والنصف الآخر للبائع بالمقد ، من غير فرق
بين أن يكون البائع قبضه أولاً ، وأخرى بأن البائع إن قبض بعض المهر لم يكن له
المطالبة بالباقي فإن أجاز المشتري طالب به ، وأخرى بأن البائع إن قبض المهر

(١) الوسائل الباب -٨٧- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ مع الاختلاف

والنص موافق للفتية ج ٣ ص ٢٨٨ الرقم ١٣٧٠ .

استردّه الزوج من غير تفصيل ، وكأنه لحظ في بعض ما ذكره الخبر المزبور (١) الذي قد عرفت فقده شرائط الحبسية ، فلا محيص حينئذ عما ذكرناه ، والله هو العالم .

المسألة الثانية :

﴿ لو زوج عبده بحرّة ثمّ باعه ﴾ بعد الدخول استقر المهر على السيّد ، لما سمعته سابقاً من كون مهر العبد على مولاه وإن فسخه المشتري .
و إن باعه ﴿ قبل الدخول قيل : كان للمشتري الفسخ ﴾ أيضاً ، وهو الأقوى كما عرفته فيما سبق ، خلافاً لابن إدريس ، فلم يثبت الخيار لمشتري العبد إذا كانت زوجته حرة ، وقد عرفت ضعفه فيما سبق . ﴿ و ﴾ حينئذ إذا فسخ المشتري كان ﴿ على المولى نصف المهر ﴾ عند المشهور الحاقاً لمثل هذا الفسخ قبل الدخول بالطلاق ، ولخبر عليّ بن حمزة (٢) المنعبر بضعفه بالشهرة عن الكاظم عليه السلام في رجل زوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم ثمّ إنه باعه قبل أن يدخل عليها ، فقال : يعطيها سيّده من ثمن نصف ما فرض لها ، إنما هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيّده ، ومنه يعلم وجوب المهر كمالاً عليه إذا لم يفسخ المشتري إلاّ إذا قلنا : إن البيع نفسه فسخ بالنسبة إليه ، فيجب حينئذ النصف الآخر على السيّد الثاني مع الإجازة ، كما كان المهر كله له في الأمة عندهم .

﴿ ومن الأصحاب ﴾ وهو ابن إدريس ﴿ من أنكر الأمرين ﴾ أي الخيار للمشتري في نكاح العبد الحرّة كما تقدم ، وتنصيف المهر بالفسخ على تقديره أيضاً لاختصاص الدليل بالطلاق وحرمة القياس ، فالمهر كمالاً واجب على السيّد .
قيل : وهو متجه على أصله من عدم العمل بمثل الخبر المزبور ، وفيه أن المتجه

(١) الوسائل الباب ٨٧- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ٧٨- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ عن علي بن

حينئذ مع قطع النظر عن الخبر سقوط المهر أصلاً ، لما عرفته سابقاً من مقتضى الفسخ في الخيار المشروع له ردّ كلّ عوض إلى صاحبه اللهم إلا أن يكون النكاح على غير قياس المعاوضات ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ لو باع أمته وادّعى ﴾ بعد ذلك ﴿ أن حملها منه ﴾ على وجه يحتمل الصحة ﴿ وأنكر المشتري لم يقبل قوله في إفساد البيع ﴾ المخالف للأصل ، ولا يجدي به إقرارها ، لأنه في حقّ الغير ، نعم إن ادعى علمه كان له إحلافه . ﴿ ويقبل في التحاق الولد ﴾ عندنا كما عن الخلاف والسرائر ، سواء كان داخلاً في ملك المشتري بالتبعية أو الشرط أو غير داخل ﴿ لأنه ﴾ على كل حال ﴿ إقرار لا يتضرر به الغير ﴾ فيكون ولداً في حقه مملوكاً للمشتري ، ولا منع في قبول أحد جزئي الدعوى دون الآخر ، فيحكم بكون الولد ولده في حقه ، وهو وأمه مملوكان للمشتري ، ودعوى إمكان الضرر على المشتري بشرائه فهرأ لومات أبوه عن غير وارث يدفعها منع إجباره على ذلك ، لعدم ثبوت كونه ولداً في حق المشتري ، نعم إن باعه اختياراً جاز شراؤه من التركة واعتاقه وإن انتقل إليه اعتق عليه أخذاً باقراره ، هذا .

﴿ و ﴾ حينئذ فقول المصنف : ﴿ فيه تردّد ﴾ واضح الضعف ، ضرورة عدم وجه يعتد به للتردد بعدم حصول الضرر على الوجه المذكور وعدم البأس في قبول أحد جزئي الدعوى دون الآخر ، لعدم التنافي في الأحكام الظاهرية ، و نظائره في الفقه كثيرة ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ وأما الطلاق ﴾

﴿ فإذا تزوج العبد باذن مولاه ﴾ ابتداءً أو استدامةً ﴿ حرّةً أو أمةً لغيره لم يكن له إجباره على الطلاق ولا منعه ﴾ على المشهور بين الأصحاب للنبوي (١) «الطلاق بيد من أخذ بالساق» وخبر ليث المرادي (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال إن كان أمتك فلا، إن الله عز وجل يقول (٣) : عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء، وإن كان من قوم آخرين أو حرّةً جاز طلاقه» والكناني (٤) عنه عليه السلام أيضاً «إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها إذا شاء، وإذا شاء ردّها» وقال : لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد إلا أن يكون العبد لرجل والمرأة لرجل وتزوجها باذن مولاه وإذن مولاها، فإن طلق وهو بهذه المنزلة فإن طلاقه جائز» وخبر عبد الله بن سنان (٥) عنه عليه السلام أيضاً «سألت عن رجل تزوج غلامه جارية حرة فقال: الطلاق بيده، فإن تزوجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى» وخبر أبي بصير (٦) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرة أو أمة قوم الطلاق إلى السيد أو إلى العبد؟ قال : الطلاق إلى العبد» وخبر علي بن يقطين (٧) عن العبد الصالح عليه السلام «سألت عن رجل يتزوج

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٦٠ .

(٢) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٢ - ١ من كتاب

الطلاق .

(٣) سورة النحل : ١٦ - الآية ٧٥ .

(٤) الوسائل الباب -٤٣- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٥-٣ من كتاب

الطلاق والثاني عن أبي عبد الله عليه السلام إلا أن الموجود في الكافي ج ٦ ص ١٦٨ قال :

«سألت أبا جعفر عليه السلام» .

(٧) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ .

غلامه جارية حرة ، فقال : الطلاق بيد الغلام ، وخبر محمد بن الفضيل (١) عن أبي الحسن عليه السلام « طلاق العبد إذا تزوج امرأة حرة أو تزوج وليدة قوم آخرين إلى العبد ، وإن تزوج وليدة مولاة كان هو الذي يفرق بينهما إن شاء ، وإن شاء انتزعهما منه بغير طلاق » وحسن علي بن جعفر (٢) عن أخيه عن آبائه عن علي عليه السلام « إنه أتاه رجل بعبد فقال : إن عبدي تزوج بغير إذني ، فقال علي عليه السلام : فرّق بينهما ، فقال السيد لعبده : يا عبدالله طلق ، فقال علي عليه السلام : كيف قلت له ؟ فقال : قلت له : طلق ، فقال علي عليه السلام للعبد : الآن فإن شئت فأمسك وإن شئت فطلق ، فقال السيد : يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي جعلته بيد غيره ، قال : ذلك لأنك حيث قلت له : طلق أقررت له بالنكاح ، وغير ذلك ، وهي مع تعاضدها واستفاضتها وفتوى المشهور بها فيها الصحيح والمؤثق وغيرهما ، فما في المسالك من عدم خبر صحيح للمشهور لا يخفى ما فيه .

نعم يعارضها صحيح العجلي (٣) عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليه السلام « في العبد المملوك ليس له طلاق إلا بأذن مولاة » وصحيح زرارة (٤) عنهما عليه السلام أيضاً « المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بأذن سيده ، قلت : فإن كان السيد زوجته بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد ، ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء (٥)

(١) ذكر ذيله في الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٥

عن عبد صالح عليه السلام كما في التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ والاستبصار ج ٣ ص ٢٠٥ ، وذكر تمامه في النقيه ج ٣ ص ٣٥٠ الرقم ١٦٧٢ عن أبي الحسن عليه السلام .

(٢) الوسائل الباب -٢٧- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٧ .

(٤) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ١ - من كتاب

الطلاق .

(٥) سورة النحل : ١٦- الآية ٧٥ .

الشيء الطلاق ، وصحيح البجلي (١) عن أبي إبراهيم عليه السلام : سألته عن الرّجل يزوّج عبده أمة ثمّ يبدّوله فينتزعها منه بطيبة نفسه أيكون ذلك طلاقاً من العبد؟ قال : نعم ، لأنّ طلاق المولى هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلّا باذن مولاه ، وصحيح العفريقي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد ، قال : ليس له طلاق ولا نكاح ، أما نسمع الله يقول : (٣) عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، قال : لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلّا باذن مولاه . »

بل عن العماني وابن الجنيد أن الطلاق مطلقاً إلى السيّد إن شاء فرق بينهما ، بل ظاهر ثاني الشهيدين الميل إلى ذلك ، لصحة هذه النصوص أنّي نقصر تلك النصوص - لضعف سندها - عن تخصيصها وموافقتها للكتاب ، لكن فيه أن تلك خاصة وهذه عامة ، بل قد يشعر خبر المجلي منها بإرادة خصوص نكاح أمة السيّد ، كما أن ظاهر بعض النصوص السابقة إرادة ذلك خاصة من الأمة ، فلا تكون مخالفة للكتاب حينئذ .

واحتمال الجمع بين النصوص بحمل أخبار المشهور على طلاق العبد باذن المولى يدفعه - مع أنه خرق للاجماع - تصريح بعضها بالاستقلال وعدم التوقف على الاذن ، فليست هي حينئذ بالنسبة إلى ذلك إلّا متنافية يفرع فيها إلى الترجيح ، ولا ريب في تحقيقه ، للشهرة والتعاوض والأخصية وغير ذلك .

واحتمال العكس - بموافقة التقيّة التي تظهر من خبر العياشي بسنده (٤) عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : « كان عليّ بن أبي طالب عليه السلام يقول : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ويقول : العبد لا طلاق له ولا نكاح ، ذلك إلى سيّده ، والناس يرون خلاف ذلك ، إذا أذن سيّد لعبده لا يرون له أن يفرق بينهما ، يدفعه - مع أنه مخالف للمحكي عن أمير المؤمنين عليه السلام فيما سمعته من خبر علي

(١) (٢) الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ - ٢ .

(٣) سورة النحل : ١٦ - الآية ٧٥ .

(٤) (٥) المستدرک الباب - ٣٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

ابن جعفر (١) - أن الموجد فيما حضرني من كتب العامة إطلاق كون الطلاق بيد العبد ، فيمكن أن يكون إنكار أمير المؤمنين (عليه السلام) في عموم ذلك على وجه يشمل نكاح أمة السيد ، فليس هذا الخبر إلا كغيره من الأخبار العامة التي يجب تخصيصها بأخبار المشهور ، بل قديقال : إن هذه النصوص مطرحة حتى من الخصم ، فإن الطلاق عنده إلى السيد ، لا أنه من العبد ولكن باذن السيد كما هو ظاهر هذه النصوص .

ومن ذلك كله يعلم ضعف المحكي عن الحلبي من أن للسيد إجباره على الطلاق محتجاً بما دلّ من وجوب الطاعة عليه ، ضرورة إمكان منع وجوبها عليه في ذلك وإن وجبت عليه الطاعة في غيره كالولد ، على أن ذلك ليس خلافاً عند التأمل في المسألة ، لظهوره في كون الطلاق للعبد ويده ، ولكن للسيد إجباره عليه لوجوب امتثال العبد سيده فيما يأمره به ، وهو أمر خارج عما نحن فيه ، كما هو واضح . بل إن أراد من الاجبار أن للمولى الطلاق قهراً عليه نحو قولهم : دله إجبار على النكاح ، كما عساه يوميء إليه ما ذكره له دليلاً في المختلف كان راجعاً إلى القول الثاني .

وربما انقذ من ذلك وجه قوة للأول فإنه لا فائدة في السلطنة على نكاحه قهراً مع كون الطلاق بيده ، على أنه ربما تعلق غرض للمولى في بقاء نكاحه لاستنماء ونحوه ، كل ذلك مضافاً إلى خبر محمد بن علي (٢) المتقدم سابقاً بأن للمولى أن يفرق بينهما لو زوجه حرة ، وهو غير قابل للتخصيص بهذه الأخبار ، نعم هو ضعيف محتمل لما عرفت ، وعلى كل حال ففي لحوق حبة المدة في المنقطع بالطلاق وجهان ، هذا في نكاح العبد الحرة أو أمة الغير .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو زوجه أمة كان عقداً صحيحاً ﴾ عند المشهور بين الأصحاب ،

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

بل هو الظاهر بينهم ومن النصوص (١) خصوصاً التي ذكر فيها الطلاق ، بل لعله صريح صحيح ابن يقطين (٢) سأل الكاظم عليه السلام «عن المملوك يحل له أن يعطى الأمانة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ، قال : لا يحل له» ﴿ لا إباحة ﴾ كما عن ابن إدريس ، لجواز تفريق المولى بينهما كما ستعرف بالأمر بالاعتزال ونحوه ، ولو كان عقد نكاح لم يفسخ إلا بالطلاق ونحوه من فواسخ النكاح ، وفيه منع واضح بعد ثبوت ذلك بالأدلة كغيره من الفواسخ ، ولقول الباقر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٣) وقد سأله عن الرجل كيف ينكح عبده أمته : «يجزؤه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ويمطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولومداً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك» وربما كان دلالة على الأول أوضح للفظ الإكاح والجزاء به عن ذكر القبول لظهوره ، أو يقال : لا حاجة هنا إلى القبول ، لأن العبد ممن لا يملكه ، لجواز إجباره من المولى فهو يتولى طرفي العقد ، و«أنكحتك فلانة» يتضمنهما ، وفي المسالك عد ذلك بعد أن حكاه عن المختلف قولاً ثالثاً واستوجه لما عرفت إلا أنه كما ترى ليس قولاً في المسألة ، ضرورة كونه عقد نكاح عند الفائل به ، إلا أنه اكتفى بالقبول الضمني ، وهو غير ما نحن فيه ، على أنه قد يناقش بعدم التلازم بين تولية طرفي العقد وبين الاكتفاء في الإيجاب عن القبول ، فإن باقى الأولياء وإن جاز لهم تولي طرفي العقد لكن لا بد من ذكر صورة العقد ، اللهم إلا أن يفرض بكونه هنا مالكاً لأنه قائم مقام المولى عليه ، وفيه أنه مع ذلك لا بد من ذكر صورة العقد ، لمعلومية كونه النكاح من العقود ، كمعلومية عدم الاكتفاء بنحو ذلك عن القبول فيه وفي غيره من العقود اللازمة ، وأوفق بالاحتياط في الخروج عن أصل عدم الانتقال ، وخصوصاً في الفروج ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٤٣ و ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء والباب - ٤٣ - من

أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

﴿و﴾ كيف ﴿كان﴾ ﴿الطلاق بيد المولى﴾ إجماعاً بقسميه وخصوصاً (١) مستفيضة بل متواترة ، فما في مكاتبة علي بن سلمي (٢) « كتبت إليه جعلت فداك رجل له غلام وجارية فزوج غلامه جاريته ثم وقع عليها سيدها هل يجب في ذلك شيء ؟ قال : لا ينبغي له أن يمسه حتى يطلقها الغلام » من الشواذ المحتملة لاسقاط «من» من النساخ وغير ذلك ، كما أن ما في القواعد - من أنه « لو استقل العبد بالطلاق وقع على إشكال » - من الغرائب ، ضرورة اتفاق النصوص ﴿و﴾ الفتاوى كما سمعت على انحصاره في السيد ، بل قد يشكل صحته من العبد باذن السيد ، إذا لم يكن بطريق الاقالة ، بل ﴿له أن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق ، مثل أن يقول : فسخت عقدكما﴾ أو فرقت بينكما ﴿أو يأمر﴾ هما أو ﴿أحدهما بالاعتزال عن صاحبه﴾ أو نحو ذلك بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى استفاضة النصوص (٣) أو تواترها به ، كصحيح ابن مسلم (٤) « سأل الباقر عليه السلام عن قول الله عز وجل (٥) والمحصنات من النساء إلا ما مملكت أيما بكم ، قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحتة أمته فيقول له : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يجسها حتى تحيض ، ثم يمسه » وغيره . فما في كشف اللثام - من أنه يشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع ، للاحتياط وعدم نصوصية الأخبار - واضح الضعف لتحقيق الاجماع الذي به تخرج الأدلة عن الظهور إلى الصراحة ، فلا احتياط حينئذ ، على أن ظاهر الدليل كصريحه حجة شرعية لا يجوز الاجتهاد في مقابلته ، ولا استبعاد في انفساخ النكاح - وإن كان عقداً - بذلك بعد الدليل ، نحو الفسخ بالعيب وغيره ، بل ربما ظهر من بعضهم احتمال تحقق فسخ هذا العقد بأمر العبد بالطلاق ، لأولويته من الأمر

(١) الوسائل الباب - ٤٣ و ٤٥ - من أبواب مقدمات الطلاق من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٣ عن علي بن

سليمان كما في التهذيب ج ٧ ص ٤٥٧ الرقم ١٨٢٧ .

(٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث - ١ - .

(٥) سورة النساء : ٣ - الآية ٢٢ .

بالاعتزال في الدلالة على ذلك و إن كان الأقوى خلافه ، ضرورة ظهور الأدلة على اعتبار إنشاء الفسخ منه بلفظ دال عليه وظاهر الأمر لا يقضى بذلك ، اللهم إلا أن يكون قرينة على إرادة إنشاء الفسخ به ، فانه حينئذ يكون فسخاً لا بدونها ، ضرورة كونه حينئذ أمراً بايجاد الفسخ ، فلا يكون هو فسخاً ، ولا أنه يستدعى بقاء النكاح إلى أن يوقع الطلاق وهو ينافي الانساح ، بل مدلوله الذي هو طلب امتثال الأمر بإيقاع الطلاق ينافيه ، بل لودل على الفسخ لامتنع إشاؤه فامتنع الخطاب به ، نعم لو قلنا إن العقد إباحة أو فرض نكاح العبد بها أمكن حينئذ الاكتفاء به في انقطاع الاذن باعتبار دلالة على عدم الرضا المنافي للإباحة ، فيكفي حينئذ .

مع إمكان أن يقال على هذا التقدير أيضاً بأنه و إن كان إباحة إلا أنه مفاد عقد لا ينفسخ إلا بإنشاء فسخه ، فتقطع حينئذ ، ولا يكفي في دفعها مجرد عدم الرضا من دون إنشاء فسخ يقتضيها ، اللهم إلا أن يدعى كونها إباحة صرفة كإباحة الطعام ودخول الدار وغير ذلك مما يكفي فيه جميع ما يدل على انقطاع الاذن ، فتأمل جيداً كي تعرف ما في جملة من كلمات بعض الناس .

وكذلك الأقوى أيضاً عدم تحققه بالطلاق الفاسد بسبب فقد شرط من شرائطه خلافاً لبعضهم ، فجعله فسخاً لا طلاقاً ، و هو وإن كان لا يخلو من وجه ، إلا أن الآحوط والأقوى خلافه ، لأن المقصود الفسخ الطلاقي دون غيره و لم تحصل والحصة من الجنس تذهب مع الفصل ، فلو وقع فسخ غيره كان ماوقع غير مقصود وما قصد غير واقع .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿هل يكون هذا اللفظ ﴾ وهو «فسخت» وما شابهه في فسخ عقد النكاح ﴿طالفاً ؟ قيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي من تهذيبه واستبصاره : ﴿نعم﴾ ، فيثبت فيه حينئذ ما يعتبر فيه من الشرائط ويلحقه أحكامه ﴿حتى لو كرره مرتين و بينهما رجعة حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ لظهور أن المراد من نصوص (١) المقام توسعة ما يحصل به الطلاق هنا وإن كان لا يقع بالكناية في غيره

لمعلومية أنه الأصل في زوال النكاح ، ولا فادته فائدته كالخلع ، ولا شعار التخيير بين لفظ الطلاق وغيره لقيام الفسخ مقامه في ذلك ، وبه يفرق بين المقام وبين غيره من محال الفسخ التي لا يتخير فيها بين الطلاق وغيره ، ولخبر ابن زياد (١) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يزوج عبده أمة ثم يبدو للرجل في ذلك فيعزلها عن عبده ثم يستبرئها و يواقعها ، ثم يردّها على عبده ، ثم يبدو له بعد فيعزلها عن عبده ، أ يكون عزل السيد الجارية عن زوجها مرتين طلاقاً لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره أم لا ؟ فكتب لا تحل له إلا بنكاح » .

﴿ وقيل : يكون فسخاً ﴾ لا طلاقاً ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها أصالة عدم لحوق أحكام الطلاق له ، ومعلومية اعتبار اللفظ المخصوص في الطلاق وأنه لا يقع بالكناية مطلقاً ، ومشاركتة له في بعض الأحكام لا يقتضي كونه طلاقاً كالتخيير المزبور ، ودعوى ظهور النصوص (٢) في التوسعة المزبورة على الوجه المذكور ممنوعة على مدعيها وإنما هي ظاهرة في التوسعة فيما يحصل به الفسخ وعدم انحصاره في الطلاق ، والخبر (٣) مع عدم جمعه لشرائط الحجية مبنى على عدم اعتبار تحلل الوطء بين المرتين في الحرمة حتى تنكح ، وفيه ما عرفته سابقاً وعرفه في محله ، على أنه لا يقتضي عموم لحوق أحكام الطلاق .

فالتحقيق حينئذ جريان أحكام الطلاق على ما كان منه بلفظه وارداً على عقد النكاح الدائم جامعاً لشرائطه المعتبرة فيه ، وحكم الفسخ على غيره وإن كان مورده العقد ، وحينئذ فليس شيء من اللفظين الأخيرين وماشابههما طلاقاً ، لعدم كونهما من ألفاظه ، ولا بعد الفسخ بهما من الطلقتين المحرمتين لها إلى أن تنكح زوجاً غيره ، بل على القول بالاباحة ليس لفظ الطلاق طلاقاً فضلاً عنهما ، بل هو حينئذ كما لو وقع على التحليل والمتقطع ، ومن الغريب ما عساه يظهر من المحكي

(٣١) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب أقسام الطلاق الحديث ١ من كتاب الطلاق .

(٢) الوسائل الباب -٤٥- من أبواب نكاح المبيد والاماء .

عن بعضهم من كون جميع أفراد الفسخ طلاقاً حتى لو كان النكاح إباحة أو منقطعاً إذ هو كما نرى. ﴿ولو طلقها الزوج ثم باعها المالك أتمت العدة﴾ بلا إشكال ولا خلاف ﴿و﴾ لكن ﴿هل يجب أن يستبرئها المشتري﴾ العيضة مثلاً ﴿زيادة عن العدة؟﴾ قيل ﴿كما عن الشيخ وجماعة﴾ نعم ، لأنهما حكمان ، وتداخلهما على خلاف الأصل ، وقيل : ليس عليه استبراء لأنها مستبرأة ، وهو أصح ﴿لأن الاستبراء إنما هو لتحصيل العلم ببراءة الرحم ، ولذا يسقط إن كانت حائضاً وهو يحصل بانقضاء العدة ، هذا كله في نكاح الأمة بالمقد .

﴿وأما﴾ نكاحها ﴿بالمملك﴾ هو ﴿نوعان : (الأول) ملك الرقبة﴾ لا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿يجوز أن يطاء الإنسان بملك الرقبة ما زاد على أربع من غير حصر﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، والنصوص (١) متواترة فيه ، بل العموم في الكتاب (٢) السالم عن المعارض كاف فيه .

﴿و﴾ كذا لا خلاف ولا إشكال في جواز ﴿أن يجمع في الملك بين المرأة وأمتها﴾ بل الاجماع بقسميه عليه أيضاً مضافاً إلى النصوص (٣) ضرورة عدم كون الملك نكاحاً ، ولذا جازله ملك من حرم عليه وطؤها بالنسب ﴿لكن متى وطأ واحدة﴾ بأي وجه كان ﴿حرمت الأخرى﴾ عليه ﴿عينا﴾ .

﴿و﴾ كذا له ﴿أن يجمع بينها وبين أختها بالمملك﴾ لكن ﴿لو وطأ واحدة﴾ به ﴿حرمت الأخرى﴾ عليه ولكن ﴿جمعاً﴾ أي ما دامت الأولى مملوكة له وإن اعتزلها أو حرّمها على نفسه بنكاح ونحوه ﴿فلو أخرج الأولى﴾ مثلاً ﴿عن ملكه حلت له الثانية﴾ كما مر الكلام في ذلك كله مفصلاً ﴿و﴾ من أنه ﴿يجوز﴾ أيضاً بلا خلاف ولا إشكال ﴿أن يملك﴾ الابن ﴿موطوءة الأب﴾ كما أنه ﴿يجوز للوالد ملك موطوءة ابنه﴾ إن كان ﴿يحرم على كل واحد منهما وطء

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المتعة الحديث ٦ و ٨ و ١١ و ١٢ و ١٣ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

من وطأها الآخر عيناً * لدخولهما حينئذ فيما تكح الأب و حلائل الأبناء بل
الاجماع عليه .

* ويحرم على المالك وطء مملوكته إذا زوجها * بغيره ولو عبده * حتى
تحصل الفرقة وتنقضي عدتها إن كانت ذات عدة * بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع
بقسميه عليه مضافاً إلى النصوص (١) المعتبرة لخبر مسمع (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام
قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : عشر لا يجوز نكاحهن ولا غشيانهن - إلى أن عدت
منها - أمتك ولها زوج ، ونحوه الآخر (٣) بزيادة « وهي تحتة » وخبر مسعدة بن
زياد (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام : « يحرم من الاماء عشر - إلى أن قال - ولا أمتك
ولها زوج ، ولا أمتك وهي في عدة » وغيرها .

* وليس للمولى فسخ العقد * إذا لم يكن الزوج عبده * إلا أن يبيعها *
مثلاً * فيكون المشتري بالخيار * على ما عرفته مفصلاً .

* وكذا لا يجوز له النظر منها إلى ما لا يجوز لغير المالك * إذ هي حينئذ
كالاجنبية بالنسبة إليه ، وملكه لها بعد ان كان الاستمتاع بها مملوكاً لغيره
غير مجد ، لاطلاق الحرمة في خبر مسعدة ، وإطلاق الأمر (٥) بفض البصر وما دل (٦)
على حرمة المحصنة وذات البعل وغير ذلك مما يقتصر فيه على المتيقن ، وهو
المملوكة نكاحاً دون غيرها مما ملك نكاحها وإن بقيت على الملكية من حيث الرقبة ،
و لصحيح الحلبي (٧) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل زوج مملوكته عبده فتقوم

(١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ٤ وفيه « ثمانية
لاتحل منا كحتم أمتك ولها زوج » .

(٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ - ١ .

(٤) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣٠ .

(٥) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٤ والوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٧) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ عن عبد الرحمن

ابن الحجاج كما في التهذيب ج ٨ ص ١٩٩ الرقم ٦٩٨ .

عليه كما كانت عليه فتراه متكشفاً أو يراها على تلك الحال ، فكره ذلك ، وقال :
قد منعى أن أزوج بعض خدمي غلامي لذلك ، المراد الحرمة من الكراهة به ،
وصحيح عبید (١) عنه عليه السلام أيضاً « عن الرجل يزوج جاريته هل ينبغي له أن يرى
عورتها ؟ قال : لا وأنا أتقى ذلك من مملوكتي إذا زوّجتها » .

بل في كشف اللثام نسبة ما في القواعد من الحرمة عليه من كل جهة حتى النظر
بشهوة أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى النص والاجماع ، لكن مع ذلك كله
توقف في الرياض في حرمة النظر إلى غير العورة بغير شهوة ، بل ظاهره الميل إلى
الحل ، لأصلي الإباحة و بقاء حل النظر ، وإشعار الخبر (٢) في قرب الاسناد « إذا
زوّج الرجل أُمته فلا ينظر إلى عورتها ، والعورة ما بين الركبة والسرّة » ، بالجواز في
غيرها ، قال : « والاجماع موهون قطعاً بمصير جماعة إلى العدم » .

وفيه أن الأصلين لا يصلحان لمعارضة ما عرفته من الاجماع المحكمي وغيره ،
ولا إشعار في الخبر المزبور إلا بمفهوم اللقب الذي هو غير حجة ، والاجماع لا يوهنه
مخالفة بعض متأخري المتأخرين المختلفي الطريقة ، بل لعل ذلك منهم مما يؤكده
كما لا يخفى على من تتبع مظان ما وقع منهم من الخلاف ، فلا إشكال حينئذ في صبر ورثتها
بحكم الاجنبية إلى انقضاء عدتها ولو بائناً احتراماً للزوجية .

بل الظاهر أن الموطوءة بالتحليل كذلك كما صرح به في جامع المقاصد
وغيره ، نعم قد يتوقف في حرمة الاستمتاع بالمحلل منها دون الوطء مع أن الأحوط
إن لم يكن الأقوى اجتنابها ، لأنه لا اشتراك في النكاح وتوابعه ، كما أن الأحوط
اجتناب المحللة وإن لم توطأ إجراء لعقد التحليل معجى عقد النكاح .

والأحوط أيضاً اجتناب الاستمتاع حتى بالنظر في المعتدة عن وطء الشبهة
مدة عدتها وإن كان قد يقوى حل ما عدا الوطء منه ، للأصل وفحوى ماورد في الأُمة
المستبرأة أيام استبرائها من جواز الاستمتاع بها في غير الوطء .

﴿و﴾ كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه ﴿لا يجوز له وطء أمة مشتركة بينه وبين غيره بالملك﴾ لأن لها فرجاً واحداً لا فرجين ، ولا بالعقد أيضاً ، لما عرفت من عدم التبعض في أسباب النكاح ، نعم في التحليل من الشريك البحث السابق ، ﴿كذا لا يجوز أيضاً غير الوطء من باقي الاستمتاع.

﴿و﴾ كذا ﴿لا يجوز للمشتري﴾ مثلاً ﴿وطء الأمة﴾ المشتراة التي يجب عليه استبرأؤها ﴿إلا بعد استبرائها﴾ أما غير الوطء فالظاهر جوازه فتوى ونصا (١).

﴿ولو كان لها﴾ أي الأمة المشتراة ﴿زوج فأجاز﴾ المشتري ﴿نكاحه﴾ لم يكن له بعد ذلك فسخ ﴿نكاحه ضرورة صيرورة حينئذ كالنكاح المبتدأ باذنه﴾ وكذا لو علم فلم يعترض ﴿لما عرفت من فوروية الخيار ، فيحرم حينئذ مطلق الاستمتاع بها عليه﴾ إلا أن تفارق الزوج وتعتمد منه إن كانت من ذوات العدد ﴿لأنه أمة ذات زوج﴾ و ﴿قد عرفت الكلام فيها ، نعم﴾ لو لم يجز نكاحه ﴿بل فسخه﴾ لم يكن عليها عدة وكفاه الاستبراء ﴿بحيضة أو خمسة أو أربعين يوماً﴾ في جواز الوطء ﴿عند الفاضل وغيره ، لاطلاق مادل (٢) على حلية الأمة المشتراة به ، ولأن المطلوب العلم ببرائة الرحم ، وهو حاصل بذلك ، ولخبر الحسن بن صالح (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «نادى منادى رسول الله ﷺ بيوم أوطاس أن استبرؤا سباياكم» ولا شك أن فيهن من كانت مزوجة .

لكن الأقوى وجوب العدة وفاقاً للكركي وثاني الشهيدين والفاضل الهندي وغيرهم . بل هو المحكي عن الفاضل في القواعد في العدد ، لأصالة الحرمة قبلها ، ولأنها هي الأصل في فسخ النكاح بطلاق أو غيره ، وأخبار الاستبراء للمشتري إنما هي من حيث احتمال وطء السيد ، ولهذا يسقط لو كان البائع امرأة ، والخبر

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب - ١٠٣ و ١٦ و ١٨ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

(٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

المزبور مع إمكان منع معلومية ذوات الأزواج فيهن غير جامع لشرائط الحجية ، نعم يقوى أن الاكتفاء بحيضة أو خمسة و أربعين يوماً في عزل السيد أمته عن عبده بغير الطلاق للنصوص (١) المصراحة بذلك التي قد مر بعضها ، ولولاها لكان المتجه فيه الاعتداد أيضاً ، والله العالم .

﴿ ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب ﴾ من أزواجهن وغيرهم ﴿ وكذا بناتهم ﴾ وغيرهن إجماعاً ، لأنهم فيء للمسلمين يجوز استنقاذه بكل وجه فالملك المترتب على ذلك بالاستيلاء حقيقة لابه ، ضرورة كونه بيعاً فاسداً .
﴿ و ﴾ كذا يجوز إجماعاً ابتياع ﴿ ما يسببه أهل الضلال منهم ﴾ ، وللأخبار (٢) فيترتب عليه حينئذ آثار الابتياح الصحيح من حل الوطء بالملك وغيره ، وأن الجميع للامام أو فيه حق الخمس ، للرخصة منهم ﷺ لشيعتهم كى تطيب مواليدهم (٣) كما أوضحنا ذلك في كتاب الخمس (٤) .

﴿ قسمة ﴾

﴿ تشتمل على مسألتين ﴾ قد تقدم الكلام في ﴿ الأولى ﴾ منهما في كتاب البيع ، وهى ﴿ كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك ﴾ و لوارئاً ﴿ حرم عليه وطؤها ﴾ قبلاً بل و دبراً على إشكال ﴿ حتى يستبرأها بحيضة ﴾ مع احتمال وطء السيد لها ، بل وعلمه للنص (٥) على الاجتزاء بذلك للسيد لو أراد بيعها مع وطئها ،

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٢) الوسائل الباب -٥٠- من أبواب جهاد العدو من كتاب الجهاد .

(٣) الوسائل الباب -٤- من أبواب النفال من كتاب الخمس .

(٤) الجزء ١٦ ص ١٥٦ - ١٥٨ .

(٥) الوسائل الباب -٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

ولأن اجتزاء المشتري بذلك للاحتياط الذي يراعى فيه الاكتفاء بذلك على تقدير الوقوع ، و بالجملة تستبرأ بتلك مطلقاً وإن كان الموجود في النصوص (١) الشراء والاسترقاق لكنها دالة بالفحوى أو بمعونة فتوى الأصحاب المؤيدة بالاحتياط والتحرز من اختلاط الأسباب على الجميع ، فما عن بعضهم - من الاقتصار على مورد النص " لعموم ماملكت أيمانهم " (٢) وإصالة عدم الاشتراط ، وانحصار الأخبار فيما ذكر بل عن ابن حمزة التصريح باستحباب استبراء من لا تحيض وهي في سنن من تحيض - في غير محله خصوصاً الأخير .

وكيف كان ﴿ فان تأخرت الحيضة ، وكان في سننهما من تحيض اعتدت بخمسة و أربعين يوماً ﴾ بياضاً ، و في الاجتزاء بالملفق وجه ، الأحوط خلافه ، سيما إذا كان التلقيح من الليل ، كما أن الأحوط اعتبار الليالي أيضاً لاعتبار خمسة و أربعين ليلة في خبري منصور (٣) وعبدالرحمان (٤) بل عن المفيد استبرأؤها بثلاثة أشهر ، ولكنه متروك .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ يسقط ذلك ﴾ أي الاستبراء ﴿ إذا ملكها حائضاً إلا مدة حيضها ﴾ المحرم وطؤها فيه ، فيكفي حينئذ في جوازه الطهارة من تلك الحيضة ولو لحظة ، وفاقاً للمحكي عن الشيخ والأكثر ، للعلم بالبراءة مع الأصل بل الظاهر صدق استبرائها بحيضة ، فلا يحتاج إلى استثناء ، ولصحيح الحلبي (٥) سأل الصادق عليه السلام « عن رجل اشترى جارية وهي حائض ، قال : إذا طهرت فليمسها إن شاء » و خبر زرعة عن سماعة (٦) « سألت عن رجل اشترى جارية وهي طامث

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان من كتاب الفجاءة والباب - ١٧ -

من نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦ .

(٣) (٥٠٤ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ - ٦ - ١ .

(٤) (٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ .

أُستبرأ رحمها بحيضة أخرى أو تكفيه هذه الحيضة؟ قال: لا، بل تكفيه هذه الحيضة.

نعم قيل: لا بد من أن يكون حيضاً ظاهراً لا من استحيضت وهي مبتدأة أو مضطربة، وخصص حيضها بتلك الأيام بالتخير الوارد في النصوص (١) ولعله للاحتياط وعدم اليقين، فتستحب الحرمة، فتستبرأ حينئذ بخمسة وأربعين يوماً، أو يقين الحيض متى حصل، أو بشهر لكونه بدل الحيضة في غير مستقيمة الحيض، ولخبر ابن سنان (٢) الاتي أوجه، بل ربما احتمل ذلك أيضاً في ذات التميز وإن كان هو واضح الضعف، ضرورة صراحة الروايات (٣) بحيضة، بل لا يبعد الاكتفاء بالتحيض بكل ماورد به الشرع.

وعلى كل حال فما عن ابن إدريس - من اعتبار القرئين في المشتراة حائضاً بمعنى اعتبار حيضة أخرى للأمر بالاستبراء بها، والأولى حيضة قد مضى بعضها قبل الشروع في الاستبراء، ولخبر سعد الأشعري (٤) عن الرضا عليه السلام من الاستبراء قبل البيع بحيضتين المحمول على ذلك - كما ترى بعد ما عرفت، وجواز حمل الخبر على الاستحباب أو على من وطئت حائضاً ولو لشبهة، فإن احتمال اعتبار حيضة مستأنفة فيه لا يخلو من قوة وإن لم أجد نصريحاً به.

﴿وكذا﴾ يسقط ﴿إن كانت لعدل وأخبر باستبرائها﴾ للعلم الشرعي حينئذ بالبراءة والأصل والعموم والأخبار (٥) وهي كثيرة ذكرناها في كتاب البيع، لكنها

(١) الوسائل الباب ٨ - من أبواب الحيض من كتاب الطهارة.

(٢) الوسائل الباب ٦ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٦ والباب ١١ - منها

الحديث ٢ و ٥ من كتاب التجارة.

(٤) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١.

(٥) الوسائل الباب ٦ - من أبواب نكاح المبيد والاماء والباب ١١ - من أبواب

بيع الحيوان من كتاب التجارة.

مقيدة بالثقة أو الأمان إلا أن المصنف والفاضل وغيرهما خصّاهما بالعدل، للاحتياط ولأنه الثقة المأمون شرعاً ، ويمكن الاكتفاء بحصول العلم العادي باخباره وإن لم يكن ثقة ، بل عن ابن إدريس وجوبه وإن كان المخبر عدلاً ، كما عن الشيخ الاحتياط به ، فيجب حينئذ الاستبراء مع عدمه حتى لو كان المخبر عدلاً ، ولعله للعموم الأمر به المخصص بما عرفت ، وخصوص خبر عبدالله بن سنان (١) سأل الصادق عليه السلام «أشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرني أنه لم يمسه منذ طمئت عنده وظهرت ، قال : ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضة ، ولكن يجوز ذلك مادون الفرج ، إن الذين يشترون الإماء ثم يأتوهن قبل أن يستبرؤوهن فأولئك الزناة بأموالهم ، وغيره التي يمكن حملها على الكراهة .

﴿وكذا﴾ يسقط ﴿إن كانت لامرأة﴾ وفقاً للمحكي عن الأكثر ، للأصل وعموم «ما ملكت» (٢) وخصوص خبر ابن أبي عمير عن حفص (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «في الأمة تكون للمرأة فتبيعهها ، قال : لا بأس بأن تطأها من غير أن تستبرئها ، ونحوه حسن رفاة أو صحيحه (٤) عن أبي الحسن عليه السلام وغيره ، خلافاً للمحكي عن الحلبي فأوجبه أيضاً ، للعموم المخصوص بما عرفت ، نعم لا ريب في أنه أحوط .

﴿أو يائسة﴾ لمعلومية براءة رحمها ، قال منصور بن حازم (٥) «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية التي لا يخاف عليها الحمل ، قال : ليس عليها عدة ، ونحوه خبر عبدالرحمان (٦) بل لا موضوع للاستبراء فيها ، ومن هنا كان المتّجه عدم

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بيع الحيوان الحديث ٥ من كتاب التجارة .

(٢) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦ .

(٣) أشار إليه في الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١

وذكره في التهذيب ج ٨ ص ١٧٤ الرقم ٦٠٨ .

(٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

(٥) (٦٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢ - ٣ .

استثنائها ، وخبر ابن سنان (١) الذي سأل فيه الصادق عليه السلام « عن الرجل يشتري الجارية لم تحض ، قال : يعتز لها شهراً إن كانت قد يئست ، محمول على الاستحباب بل عن الكافي والاستبصار « إن كانت قد مسّت ، فيكون الأمر بالشهر حينئذ بناءً على أغلبية حصول الحيضة به ، وكذا يحمل على الندب في خبر عبدالرحمان (٢) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يشتري الجارية ولم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدتها ؟ قال : خمسة وأربعون ليلة » .

وفي معناها الصغيرة التي هي دون تسع سنين ، ولم يذكرها معها هنا ، وذكرها في كتاب البيع (٣) ولعله لحرمة وطئها ، وأما صحيح الحلبي (٤) - عن الصادق عليه السلام « في رجل ابتاع جارية ولم تطمث ، قال : إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحمل فليس عليها عدّة ، وليطأها إن شاءت ، وإن كانت قد بلغت ولم تطمث فإن عليها العدّة » ، ففي كشف اللثام « الظاهر أن المراد بالصغير القصور عن السن المعتاد للمحيض في أمثالها لا عدم البلوغ تسعاً ، وكذا المراد بالبلوغ بلوغها السن المعتاد » قلت : وحينئذ يستفاد منه سقوط الاستبراء عمّن بلغت التسع لكن لم تبلغ أو ان الحمل كما هو المعتاد في بنت العشر وما قاربها ، وربما يشهد له صحيح ابن أبي يعفور (٥) عن الصادق عليه السلام « في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل ، قال : ليس عليها عدّة ، يقع عليها ، بل مال إليها في المسالك ، لكنه لا يخلو من إشكال من إطلاق الأصحاب الاستبراء مع بلوغها سن الحيض وإن لم تحض ، ومن المعلوم إرادة التسع منه ، فانه زمان إمكان الحيض - فيمكن حمل هذه النصوص على إرادة سقوط الاستبراء عن الصغيرة وأن له الوقوع عليها بدونه إذا بلغت ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب -٣- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٦ .

(٣) الجزء ٢٤ ص ٢٠٧ و ٢٠٨ ط قم .

(٤) (٥٤) الوسائل الباب -٣- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١-٣ .

﴿أو﴾ كانت ﴿حاملًا﴾ فإنه لا استبراء هنا قطعاً ، ضرورة معلومية كونها حاملًا ، إنما الكلام في جواز وطئها مطلقاً و عدمه مطلقاً والتفصيل بالأربعة أشهر وعشرة أيام ، فيحرم قبل مضيها للحمل ويحل بعده ﴿على كراهية﴾ أقوال : أقواها الأخير كما عرفته مفصلاً في كتاب البيع (١) بل هو خيرة المصنف هناك أيضاً وإن اختار هنا الجواز مطلقاً على كراهية .

و على كل حال فليس هذا من الاستبراء في شيء ، و في جامع المقاصد أنه إن كان الحمل من وطء محترم فلا يجوز وطؤها إلا بعد الوضع ، و إن كان من زنا فلا يجوز قبل الأربعة أشهر وعشرة ويجوز بعدها ، بل عن غيره الجمع بين النصوص بحمل مادل (٢) على الحرمة إلى الوضع على الحمل من وطء محترم ، و مادل (٣) على الجواز مطلقاً على الحمل من زنا ، و قد تقدم في كتاب البيع تفصيل ذلك كله ، فلا حظ وتأمل ، والله العالم .
و يسقط الاستبراء أيضاً باعتاقها بعد ابتياعها ، وهي .

المسألة الثانية ﴿﴾

التي أشار إليها المصنف بقوله : ﴿إذا ملك أمة فأعتقها كان له العقد عليها ووطؤها من غير استبراء﴾ بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به بعض الفضلاء ، بل في المسالك دعوى الوفاق عليه ، للأصل وخرجها عن الأئمة التي حكمها الاستبراء ، والأخبار كصحيح محمد بن مسلم (٤) عن الباقر عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية

(١) الجزء ٢٤ ص ٢١١ - ٢١٧ ط قم .

(٢) الوسائل الباب ٨- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٣) الوسائل الباب ٩- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢- ٣ .

(٤) الوسائل الباب ١٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

ثم يعتقها و يتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها ؟ قال : يستبرئ بحیضة ، قال : قلت : فإن وقع عليها ، قال : لا بأس ، و نحوه خبر عبيد (١) و أبي العباس (٢) عن الصادق عليه السلام و كفى بذلك كله مخرجاً عن عموم العلة المقتضى لعدم سقوط الاستبراء لو سلم دلالة النصوص عليها على وجه تخرج به عن كونها مستنبطة .

﴿و﴾ لكن كمدل الصحيح على سقوطه دل على أن ﴿الاستبراء أفضل﴾ بل لعله كذلك في كل مقام أسقطناه مع احتمال الوطء المحترم ولو من غير السيد تحفظاً من اختلاط الأنساب، نعم لا يبعد تقييد السقوط هنا بما إذا جهل الوطء المحترم كما في الفوائد و كشف اللثام وغيرهما لا ما إذا علمه وإن أطلق الأكثر كالنصوص (٣) لعموم مادل (٤) على الاستبراء والاعتداد منه، فيستبرئ بحیضة من وطء السيد ، وتعتد إن كانت ذات زوج فسخ نكاحه على الأصح، وما في جامع المقاصد - أنها تستبرئ بحیضة منه أيضاً - واضح الضعف ، بل مناف لما اختاره سابقاً .

وعلى كل حال لا بد من تقييد النص والفتوى بذلك ، بخلاف ما لو جهل ، فإن الأصل يقتضي عدم الوطء الملجوب للاستبراء السالم عن مبادضة نصوصه (٥) المختصة بالأمة دون المعتقة ، ودعوى الاشتراك في العلة يدفعها أنها مستنبطة لا منصوبة ، مع أن الاحتياط لا ينبغي تركه فيه أيضاً ، للاستصحاب ، و لقوة احتمال استفادة الشريعة في العلة من النصوص ، خصوصاً بعد أن لم يقتصر على ما فيها من الشراء .

هذا كله لو تزوجها ، أما غيره فلا بد له من التربص ثلاثة أشهر ، لصحيح زرارة (٦) و سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق سرية أله أن يتزوجها بغير عدة ؟

(١) (٣٠٢ و ٣٠١) الوسائل الباب ١٦ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢ - ٣ - ٤ .

(٢) الوسائل الباب ٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

(٣) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة .

(٤) (٦) أشار إليه في الوسائل في الباب ١٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء

الحديث ١ وذكره في التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ الرقم ٦١١ .

قال: نعم، قلت: فغيره قال: لا حتى تعدد ثلاثة أشهر، ونحوه الصحيح الآخر (١) عنه عليه السلام أيضاً.

لكن ظاهر المصنف تقييد ذلك بما إذا علم وطء المعتق، حيث قال: ﴿ولو كان وطأها وأعتقها لم يكن لغيره العقد عليها إلا بعد العدة﴾، وهي ثلاثة أشهر إن لم تسبق الأطهار ﴿وإلا كانت هي العدة﴾، ضرورة كون العدة هنا عدة الطلاق، ونحوه غيره، وهو حسن لعدم مقتضى للعدة مع العلم بعدم الوطء، بل ومع الجهل، بل والاستبراء أيضاً، فيجب تنزيل إطلاق الصحيحين على ذلك، بل الظاهر عدم انصرافه إلى غيره، فما وقع من بعض الأفاضل - من الحكم بالعدة مع الجهل نارة والاستبراء أخرى - في غير محله قطعاً.

نعم قد يشكل الحكم هنا بالعدة للغير ثلاثة أشهر مع الاكتفاء بنكاح السيد لها بعد العتق بالاستبراء بحيضة في صورة العلم بوطء السيد البائع لها، قال في جامع المقاصد: «واعلم أنه لو علم أن الأمة المبتاعة موطوءة وطئاً محترماً من نحو زوج فسخ نكاحه أو من المولى فأعتقها لم يجز له أن يتزوجها إلا بعد الاستبراء، وتكفي الحيضة، لأن في رواية محمد بن مسلم (٢) استحباب الاستبراء بحيضة مع جهل الوطء، فلو لا أن الحيضة تكفي مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى، فإن الغرض منها يقين براءة الرحم، لاحتمال الوطء، وكان ذلك كافياً قبل العتق فكذا بعده».

و فيه (أو لا) أنه مناف لما اختاره سابقاً من العدة لذات الزوج التي فسخ نكاحها وهي أمة فضلاً عن المعتقة بالاستبراء. (وثانياً) أنه لا فرق حينئذ بينه وبين تزوج الغير في مفروض المتن هنا، ضرورة أنه إن كان المدار على حال حريتها الموجب اعتداداً لا استبراءً ففي المقامين، وإن كان المدار على وطئها فهي في المقامين مملوكة حاله، فدعوى الاكتفاء بالحيضة للمشتري المعتق الذي علم وطء سيدها لها دون المقام فعدة الطلاق للحر لا دليل عليها.

(١) الوسائل الباب -١٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب -١٦- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١.

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقَالَ: إِنَّ الْمَوْضُوعَ فِي الصَّحِيحِينَ الْمَزْبُورِينَ الْمَعْتَقَ سَرِيئَةً وَحَاصِلُهُمَا أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهِ إِذَا أَرَادَ تَزْوِيجَهَا، لِأَنَّ الْمَاءَ مَاؤُهُ، فَهُوَ كَمَنْ عَقَدَ عَلَى حُرَّةٍ فِي عِدَّتِهَا مِنْهُ، بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ فَإِنَّ عَلَيْهِ الْعِدَّةَ، لِكَوْنِهِ وَطَنًا مُحْتَرَمًا، وَالْفَرْضُ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَلَا اسْتِبْرَاءَ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ، فَإِنَّ الْمَقَامَ لَيْسَ مَقَامَهُ، بِخِلَافِ الْمَوْضُوعِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَهِيَ الْأُمَّةُ الْمُبْتَاعَةُ الْمُوَطَّوَّةُ لِسَيِّدِهَا، فَإِنَّهُ كَانَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاءُهَا قَبْلَ أَنْ يَعْتَقَهَا إِذَا أَرَادَ وَطْءَهَا، فَبَعْدَ الْعَتَقِ لَمْ يَسْقُطْ ذَلِكَ الْاسْتِبْرَاءُ، لِكَوْنِ الْوَطْءِ فِيهِ مَعْلُومًا، فَيَبْقَى الْخُطَابُ بِهِ بِحَالِهِ، بَلْ لَا يَبْعُدُ ذَلِكَ لَوْ أَرَادَ الْغَيْرُ تَزْوِيجَهَا، فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُبْتَاعِ الَّذِي حَصَلَ الْعَتَقُ مِنْهُ بَعْدَ أَنْ عَلِمَ مِنَ الشَّارِعِ يَقِينٌ بِرَاءةِ رَحْمَتِهَا بِالْحَيْضَةِ الَّذِي لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ نِكَاحِ الْمَعْتَقِ وَنِكَاحِ غَيْرِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى ذَلِكَ.

لَكِنِ الْمُنْتَجَهُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ جَعَلَ مَوْضُوعَ الْمَسْأَلَةِ فِي الثَّانِيَةِ الْأُمَّةُ الْمُوَطَّوَّةُ لِلْسَيِّدِ فَأَعْتَقَهَا، فَإِنَّهُ إِذَا أَرَادَ هُوَ نِكَاحَهَا لَا عِدَّةَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْغَيْرِ، كَمَا هُوَ مَضْمُونُ الصَّحِيحِينَ، وَمَوْضُوعُ الْأُولَى الْأُمَّةُ الْمُشْتَرَاةُ الَّتِي عَلِمَ وَطْءَ سَيِّدِهَا لَهَا فَأَعْتَقَهَا ثُمَّ أَرَادَ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ نِكَاحَهَا فَيَجُزُّهُمَا الْاسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ لَمَّا عُرِفَتْ، وَلَكِنِ مَعَ ذَلِكَ فَالْمَسْأَلَةُ بَعْدَ لَا تَخْلُو مِنْ إِشْكَالٍ، وَطَرِيقِ الْإِحْتِيَاظِ فِيهَا غَيْرُ خَفِيِّ.

كَمَا أَنَّ مَا فِي الْمَسَالِكِ (١) عَنْ بَعْضِهِمْ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ سَقُوطَ الْاسْتِبْرَاءِ بِالْإِعْتِقَاقِ لَوْ أَرَادَ الْمَعْتَقُ نِكَاحَهَا مَعَ احْتِمَالِ الْوَطْءِ وَإِلْحَاقِ بَعْضِهِمْ تَزْوِيجَ الْمُؤَلَّى لِلْأُمَّةِ الْمُبْتَاعَةِ بِالْعَتَقِ فِي سَقُوطِ الْاسْتِبْرَاءِ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ اسْتِبْرَاءُهَا مَا لَمْ يَعْلَمْ سَبْقَ وَطْءِ مُحْتَرَمٍ فِي ذَلِكَ الطَّهَرِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ تَابِعَ لانتقال الملك، وهو منتفٍ هُنَا قَالَ تَبَعًا لَمَّا احْتَمَلَهُ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ: «وَعَلَى هَذَا فَيُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ وَسِيلَةً إِلَى سَقُوطِ الْاسْتِبْرَاءِ عَنِ الْمُؤَلَّى أَيْضًا بِأَنْ يَزَوِّجَهَا مِنْ غَيْرِهِ ثُمَّ يَطْلُقَهَا الزَّوْجَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَيَسْقُطُ الْاسْتِبْرَاءُ بِالتَّزْوِيجِ وَالْعِدَّةُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الْمُسَيِّسِ وَإِنْ وَجَدَ مَا يَظُنُّ كَوْنَهُ عِلَّةَ الْاسْتِبْرَاءِ، وَهُوَ اعْتِبَارُ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ مِنْ مَاءِ السَّابِقِ، فَإِنَّ الْعِلَّةَ مُسْتَنْبِطَةٌ

(١) فِي الْمُبَادَةِ تَشْوِيشٌ إِذْ لَمْ يَذْكُرْ خَبَرَ «أَنْ» فَإِنَّ قَوْلَهُ: «وَمَا فِي الْمَسَالِكِ...» اسْمُهُ وَخَبَرُهُ أَمَامَ مَحْذُوفٍ أَوْ قَوْلُهُ فِيمَا يَأْتِي: «وَفِيهِ امْكَانُ الْفَرْقِ» فَيَكُونُ الْوَاوُ هُنَاكَ ذَائِدًا.

لا منصوبة ، و مثله الحيلة على إسقاطه ببيعها من امرأة ونحو ذلك .
 و فيه إمكان الفرق بين الحيلتين بسقوط موجب الاستبراء في الثاني ، لأنَّ الشراء
 قد انقطع بالبيع من المرأة مثلاً بخلاف التزويج ، فإنه لم يسقط مقتضى الاشتراء
 بالنسبة إليه ، ضرورة كونها أمة مشتراة له محتملة الوطء ، أقصى ما هناك سقوط
 الاستبراء بالنسبة للزوج ، لعدم كونه مشترياً ، لا أنه بتزويجه يسقط عن المشتري
 الكذي أراد وطئها بذلك الشراء بعد الطلاق قبل الدخول ، و انتفاء المدّة لغير المدخول
 بها من حيث عقد الزوج ، و هو غير احتمال وطء السيد الكذي لم يحصل للمشتري ما
 يسقط خطاب الاستبراء بالنسبة إليه لو أراد الوطء بذلك الشراء ، فلا ريب حينئذ
 في وضوح الفرق بينهما ، على أنَّ الحكم في البيع من المرأة و نحوها لا يخلو من
 إشكال ، باعتبار إمكان دعوى ظهور النصوص أو بعضها في العلة المخرج لها عن كونها
 مستنبطة ، و باعتبار إمكان دعوى كون التعارض في الأدلة حينئذ من وجه وال ترجيح
 للاستبراء بالاستصحاب وظهور العلة والاحتياط في الفروج وغير ذلك .

النوع * الثاني *

من نوعي الملك * ملك المنفعة * أي الانتفاع ، فيمكن أن يجامع كونه
 عقداً أو أنه مبني على كون التحليل ملك يمين للمنفعة ، كما ستعرف بتحقيق الحال
 فيه .

* وكيف كان فـ * النظر في الصيغة والحكم * بعد القطع بجوازه عندنا
 للاجماع بقسميه عليه و تواتر النصوص (١) به فما في محكي الخلاف والسرائر من
 إرسال قول عن بعض أصحابنا بالمنع منه بل في كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار
 مسبوق بالاجماع وملحق به ، ضرورة معلومية جوازه في مذهبنا عند المخالف فضلاً
 عن المؤلف كالمنقطع .

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث - ٥٠ - .

ومضمرا بن يقطين (١) « سألته عن الرجل يحل فرج جاريته ، قال : لا أحب ذلك » وخبر عمار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في المرأة تقول لزوجها جاريته لك ، قال : لا يحل له فرجها إلا أن تبيعه أو تهب له ، وخبر أبي هلال (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن الرجل هل يحل له جارية امرأته ؟ قال : لا حتى تهبها له ، إن علياً عليه السلام قد قضى في هذا ، أن امرأة أنت تستعدي على زوجها ، قالت : إنه قد وقع على جاريته فأحبها ، فقال الرجل : إنها وهبتها لي ، فقال علي عليه السلام : اتنتي بيتنة وإلا رجمتك ، فلما رأت المرأة أنه رجم ليس دونه شيء أقرت أنها وهبتها له ، فجلدها حداً ، وأمضى ذلك له » من الشاذ الذي قد أمرنا بالأعراض عنه ، مع أنه لا ظهور في الأوث بالمنع ، بل من المعلوم كون الوجه في ذلك أنه لا يرام مخالفاً ، بل مما يشنعون به علينا ، فالتنزه عنه أولى ، بل عن الشيخ أن ذلك مالم يشترط حرية الولد وإلا زالت الكراهة كما عساه يومئذ إليه خبر اسحاق (٤) « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن المرأة تحل فرج جاريته لزوجها ، فقال : إني أكره هذا ، كيف يصنع إن هي حملت ؟ قلت : تقول : إن هي حملت منك فهي لك ، قال : لا بأس بذلك ، قلت : فالرجل يصنع هذا بأخيه ، قال : لا بأس بذلك ، بل والثالث المسؤول فيه عن جارية المرأة من حيث كونها جارية امرأة ، والحصر في الهبة مع معلومية الجواز في المقدور التملك بغير الهبة ليس على حقيقته ، بل يمكن إرادة ما يشمل التحليل من الهبة أو خصوصه ، بل لعل الخبر الثانی ظاهر في ذلك .

ومنه ينقدح حينئذ قوة كون التحليل ملك يمين بهذا المعنى ، بل وقوة جواز كون صيغته بلفظ الهبة .

ومنه يعلم ضعف الاستدلال بمفهوم قوله تعالى (٥) : « إلا على أزواجهم أو ما

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٥-٦ .

(٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٨ .

(٥) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦-٧ .

ملكيت أيمانهم فإيمانهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون» لتقريب عدم كونه تزويجاً دائماً ولا منقطعاً، لعدم اعتبار المهر فيه ولا المدّة ولا النفقة، ولا يقع به طلاق ولا غير ذلك من لوازم الدائم والمنقطع، وعدم كونه ملك اليمين، لأنّ الفرض ملك الرقبة لغيره، مضافاً إلى أن أقصاء العموم المخصص بالاجماع بقسميه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر كالنصوص (١) و إلى إمكان دعوى كونه تزويجاً بعد فرض ثبوت مشروعيته، وأنه فرد ثالث، وانتفاء لوازم الدوام والانقطاع لا يقضى بانتفاء كونه تزويجاً، وإلاّ لاقتضى انتفاء لوازم الدوام عدم كون المنقطع تزويجاً وبالعكس، فانه لا دليل على انحصار النكاح فيهما، وإلى إمكان كونه ملك يمين بمعنى كون المراد بالآية عدم جواز وطء غير الزوجة والمملوكة ولو للغير بالتعليل، فالضمير حينئذ في «إيمانهم» للجنس، لا أن المراد اعتبار الملك للشخص في جواز وطء المملوكة، وعلى كل حال فلا إشكال من هذه الجهة، إنما الكلام في الصيغة وغير ذلك من الحكم.

﴿أما الصيغة﴾ لا خلاف في اعتبارها فيه، بل الاجماع بقسميه عليه، فلا يكفي التراضي مطلقاً، وخبر هشام بن سالم (٢) قال: «أخبرني محمد بن مضارب، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: يا محمد خذ هذه الجارية إليك تخدمك وتصيب منها، فإذا خرجت فردّها إلينا» ليس نصاً بل ولا ظاهراً في الاكتفاء بهذا اللفظ، وإلاّ كان واجب الطرح.

نعم لا خلاف في حصولها بـ ﴿أن يقول: أحللت لك وطءها أو جعلتك في حل من وطئها﴾ بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى معلومية دلالة النص (٣) والفتوى عليه، ولكن في اعتبار الماضوية - فلا يجزئ المضارع والأمر المراد بها إنشاء ذلك ولا «أنت في حل من وطئها» - البحث السابق الذي قد عرفت قوة القول

(٢٩١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث - ٦٠ -

(٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح العبد والاماء و الباب - ٣٧ - منها

بالبجواز فيه ، بل قد عرفت هناك قوة اعتبار عدم اللفظ المخصوص ، بل يكفي كل ما دل على إنشاء ذلك على حسب القانون العربي ، من غير فرق بين المجاز وغيره مما لم يقد إجماع و نحوه على خلافه ، بل لعل المقام أوسع دائرة من ذلك ، باعتبار كونه من الاباحات و من العقود الجائزة التي صرحوا في الاكتفاء بأي لفظ كان ، وستمع ما في خبر فضيل مولى راشد (١) من التحليل بالجملة الاسمية التي صرح بعضهم بالمنع منها هنا ، و كذا خبر ابراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم (عليه السلام) (٢) وغيره الا في المسألة الثالثة من مسائل الحكم ، لكن الاحتياط لا ينبغي تركه ، خصوصاً في الفروج .

﴿ولهذا و نحوه﴾ لا يستباح بلفظ العارية ﴿عند المشهور﴾ ، بل هو مجمع عليه نقلاً مستفيضاً ، مضافاً إلى خبر البقاي (٣) «سأل رجل أبا عبد الله (عليه السلام) ونحن عنده عن عارية الفرج فقال : حرام ، ثم مكث قليلاً ثم قال : لا بأس بأن يدخل الرجل البعارة لأخيه» المنجبر سنده إن كان محتاجاً بالشهرة ، ولا ينافيه خبر الحسن العطار (٤) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن عارية الفرج ، قال : لا بأس به» المراد منه التحليل المسمى عند العامة في التشنيع علينا بالعارية التي أوماً (عليه السلام) في الخبر السابق الى عدم كون التحليل من العارية ، بل هو قسم مستقل برأسه ، ولذلك استدرك (عليه السلام) جوازه بعد الحكم بحرمة عارية الفرج كما سمعت .

إلا أن الانصاف مع ذلك كله دعوى دلالة الخبر المزبور على عدم جواز عقد التحليل بلفظ العارية المراد منه معنى التحليل لا العارية المخصوصة لا يخلو من إشكال ، و لعله لذا حكى عن ابن إدريس جوازه ، و حينئذ فوجه الجمع بين الخبرين عدم كون التحليل من أفراد العارية وإن جاز عقده بلفظها المراد منه التحليل الذي هو عارية بالمعنى الأعم ، بل يمكن إرادة ذلك أيضاً من معاهد

(١) الوسائل الباب -٣٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٥ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب -٣٤- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٢ .

الاجتماعات ، كما أنه يمكن تأييده بأشعار تعليل الفرق بين الحرية والأمة في الصحيح (١) المتقدم في الأمة المشتركة بأن الحرية لا تهب ولا تعير ولا تحلل إلا أنك قد عرفت شدة رجحان الاحتياط في الفروج ، وخصوصاً في المقام الذي قد عرفت حكاية الاجماع عليه ، وقوة إرادة جواز إطلاق لفظ العارية عليه في خبر العطار (٢) وإن لم يجز عقده بها نحو إطلاق المستأجرات على المتمتع بهن وإن لم يجز لفظ «آجرت» في المتعة ولو للتعجب عن توهم دخول النكاح الذي هو عقد مستقل برأسه في عقد آخر ، والله العالم .

﴿ وكيف كان ﴾ هل يستباح ﴿ فرج الجارية ﴾ بلفظ الاباحة ﴿ المرادف للتحليل ﴾ فيه خلاف ﴿ بين الأصحاب ، أشهره عدم الجواز ﴾ ﴿ أظهره الجواز ﴾ وفاقاً للمفاضل وجماعة ممن تأخر عنه ، ومحكي المبسوط والسرائر ، لعموم الأخبار (٣) فإنها تضمنت التحليل ، وهو أعم من أن يكون بلفظه أو مرادفه ، بل وغيرهما مما يفيد على حسب القانون اللغوي « نحو أذنت » و « سوغت » كما نص عليهما في القواعد ، لكن قد عرفت أن الاحتياط في الفروج مما لا ينبغي تركه ، خصوصاً بعد ما قيل هنا من أن الجواز بلفظ التحليل لا يستلزم الجواز بلفظ الاباحة بعد تسليم ترادفهما ، والمتميقن من النصوص العقد بلفظ التحليل وإن كان هو كما ترى .

﴿ ولو قال : « وهبتك وطعها » أو « سوغتك » أو « ملكتك » ﴾ متجاوزاً بها بارادة معنى التحليل منها باعتبار مشابهة مفاده لمفادها ، لعدم العوض فيه مع استحقاق الانتفاع به ﴿ فمن أجاز ﴾ العقد بلفظ ﴿ الاباحة ﴾ باعتبار استفادة

(١) الوسائل الباب ٣١- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ٣٤- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب ٣١- من أبواب نكاح المبيد والاماء .

معنى التحليل منه الذى هو من العقود الجائزة التى لم يعتبر فيها لفظ مخصوص ، بل هو شبه الاباحات المتعلقة بالأموال ﴿يلزمه الجواز هنا﴾ لانحداد المدرك بعد فرض جريان استعمال هذه الالفاظ في المعنى المزبور مجرى القانون اللغوى ، ولو على جهة المجازية التى لا بأس بها في العقد الجائز ، و خصوصاً مثل هذا العقد الذى هو شبه الاباحات ﴿ومن اقتصر على التحليل﴾ ولم يجوز العقد بلفظ الاباحة المرادفله اقتصاراً على المتيقن في الفرج المطلوب فيه الاحتياط ﴿منع﴾ هنا سيما الهبة والتملك ضرورة أولويتهما بذلك من لفظها ، لكون الأعيان مورد الهبة والتملك وإن وقع عليها وعلى المنفعة لكن لا عين هنا ولا منفعة وإنما هو اباحة انتفاع ، بل كان مفاد الهبة و التملك مقابلاً للتحليل الظاهر في رفع المنع من المالك بالاذن على حسب التحليل في أكل المال و نحوه ، وقد عرفت قوة القول بالجواز ، خصوصاً بعد إمكان إرادة التحليل في الخبرين (١) السابقين ، بل ربما أشعر به تحليل انفرق بين الحرّة والأمة أيضاً في الصحيح (٢) المتقدم في الأمة المشتركة بأن الحرّة لا نهب ولا تعير ولا تحلل ، لكن الاحتياط لا ينبغي تركه .

﴿د﴾ كيف كان فـ ﴿هل هو عقد﴾ نكاح ﴿أو﴾ عقد ﴿تمليك منفعة؟﴾ فيه خلاف بين الأصحاب منشؤه عصمة الفرج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك ﴿للأية (٣)﴾ ودعوى الاتفاق على ذلك ، فبعد معلومية جوازه في الشرع لا يغلو من أحدهما ﴿و لعل الأقرب﴾ عند المصنف ﴿هو الأخير﴾ وفاقاً للمحكى عن الأكثر ، بل لم يعرف حكاية الخلاف فيه إلا عن المرتضى في الانتصار مع أن كلامه المحكى عنه في المختلف - كما اعترف به في كشف اللثام - إنما يعطى اشتراط العقد و عدم الاجتزاء بلفظ الاباحة كما لا يجتزأ بلفظ العارية ، فهو حينئذ خارج

(١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢٥١ .

(٢) الوسائل الباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦ .

عما نحن فيه ، ولذا حكمي خلافه في أصل مشروعية التحليل .

و على كل حال فالوجه للمشهور - بعد الاتفاق على كونه أحدهما أو ملك يمين كما في كشف اللثام - انتفاء لوازم عقد النكاح من الطلاق والمهر والمدة وغير ذلك ، فتعين الثأني ، مضافاً الى صحيح السراة (١) « سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن قوله تعالى (٢) والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح ، قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحت أمته ، فيقول : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ، ثم يمسكها فإذا حاضت بعد مسه إياها ردّها عليه بغير نكاح ، فإن الظاهر إرادة التحليل وقد نفى عنه النكاح ، فليس هو حينئذ إلا ملك يمين ، بل ربما أشعر به أيضاً خبر أبي بصير (٣) والحضرمي (٤) قال في أولهما : « سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأة أحلت لابنها فرج جاريته ، قال : هو له حلال ، قلت : أفيحل له ثمنها ؟ قال : لا ، إنما يحل له ما أحلت له ، و قال في ثانيهما : « قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) : إن امرأتى أحلت لى جاريته ، فقال أنكحها إن أردت ، قلت : أبيعها ، قال : لا ، أحل لك منها ما أحلت » باعتبار أن ذلك منهما مقتض لصيرورتها ملك يمين بذلك ، ولم ينكر عليهما الامام (عليه السلام) ذلك ، وإنما منعهما من البيع مؤمياً إلى أن ذلك ملك يمين على حسب ما أحل ، و صحيح الأئمة بين الشريكين (٥) المصرح فيه بجواز التحليل من أحدهما للآخر ، المبني على اتحاد السبب حينئذ بصيرورة الجميع ملك يمين وإن كان النصف ملك رقبة والآخر ملك منفعة ، ولو لا ذلك لكان من التبعيض في سبب النكاح ، ولذا لم يجز له نكاحها بالعقد ، هذا أقصى ما يمكن أن يقال

(١) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ١ و هو صحيح

السراة عن محمد بن مسلم كما في التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ الرقم ١٤١٧ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٢٤ .

(٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ١ .

للمشهور .

لكن الجميع كما ترى ، ضرورة صراحة عقد التحليل بلفظه أو الإباحة في عدم الملك ، ولم يقصد المملك إلا رفع المنع ، أو النصريح بإنشاء الاذن في ذلك ، ودعوى صيرورته ملكاً شرعاً وإن لم يقصداه واضحة الفساد ، على أنه لا منفعة هنا صار العقد سبباً لتملكها على نحو الاجارة ، وإنما هو انتفاع لا منفعة ، و فرق واضح بينهما ، وجواز الانتفاع بعقد التحليل بعيد عن صدق ملك اليمين وإلا لكان جميع الاباحات كذلك ، والحصر في الآية (١) المتفق عليه مع انتفاء لوازم العقد لا يقتضى شمول الكللي لغير فردة ، بل هو فرد لكللي آخر مبائن له ، وكذا نفى النكاحية عنه في صحيح السراد ، وليس في كلام الامام عليه السلام في خبري أبي بصير والحضرمي ما يتوهم منه كونه ملك يمين ، بل ولا صحيح الأمة المشتركة ، وجوازه فيها دون النكاح أعم من ذلك قطعاً كما هو واضح ، بل التأمل الصادق يقتضى تنزيه كلام الأساطين عن كونه ملك يمين على وجه يندرج فيه موضوعاً ، ضرورة صراحة النصوص في عدمه ، فان من أفراد تحليل القبلة ونحوها .

نعم قد يقال : إنه بعد ثبوت مشروعيته بالمتواتر من السنة (٢) والاجماع مع الاتفاق على حصر حكم النكاح في السببين فهل الثابت لهذا القسم من النكاح حكم العقد أو حكم ملك اليمين ؟ ولارب أن الأقوى الثاني ، لا لدخوله في اسمه ، بل لأن أحكامه الثابتة له من جواز وطء الأزيد من الأربع وغيره على وفق الأصول المقتضية نحو ذلك في التحليل ، بخلاف الأحكام التي موضوعها النكاح والتزويج ونحوهما مما لا يدخل فيه التحليل موضوعاً ، ولا حكمه على وفق الأصل ، فالمراد حينئذ ثبوت أحكام ملك اليمين له دون عقد النكاح المعلوم ، وإن كان هو قسماً مستقلاً برأسه لا يدخل في موضوع أحدهما ، بل لو فرض حكم من أحكام ملك اليمين المخالفة لمقتضى الأصل وليس في أدلته ما يفهم منها شمول التحليل ولو بمعونة

(١) سورة المؤمنون : ٢٣ - الآية ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

الاجماع أشكل ثبوته لوطه التحليل ، لعدم اندراجها في موضوعه .
ولعل من ذلك تحريم المملوكة على الأب بالاستمتاع بها بمنظر وتقبيل ولس
و نحو ذلك مما عرفت سابقاً بالنصوص (١) الدالة عليه ، فان ثبوته للمحلل لا يخلو
من إشكال ، اللهم إلا أن يفهم من تلك أن ذلك ونحوه نزل الشارع منزلة الوطء
في سبب التحريم ، كما هو المفهوم من تلك النصوص التي قدمنا الكلام ، والغرض
أن الضابط ما عرفت .

و ربما كان هذا الاستقراء تاماً في سائر الأفراد ، فلا حظ و تأمل كي تعرف
الحال في تحليل المسلمة للكافر ، فانه غير جائز للمنع منه في سائر أقسامه ، وكذا تحليل
المؤمنة للمخالف ، فان فيه البحث السابق ، و أما العكس وهو تحليل الكافرة للمسلم
والمخالفة للمؤمن فانه جائز على الوجه الذي قدمناه في محله الذي منه يعرف الحال
في الوثنية والناصبية المعلنة بمداوة أهل البيت عليهم السلام و غير ذلك من أقسام الكفار
الممنوع وطؤها بالملك وغيره .

وعلى كل حال فيما يتفرع على ما ذكرنا عدم حرمة المحللة للأب قبل الوطء
على الابن ، لعدم اندراجها فيما تكح الأب لاوطاً ولاعقداً ، لما عرفت من عدم دخول
التحليل في النكاح بمعنى العقد ، ولا محللة الابن من دون وطء على الأب ، لعدم
اندراجها في الحليلة المراد منها الزوجة هنا ولو للانصراف ، لا مطلق ما يحل
وطؤها وإلا لحرمت عليه بالملك ، فهو حينئذ في هذا الحكم كملك اليمين ، وكذا
غيره من الأحكام ، والحرمة بالوطء لظهور الأدلة بل صراحتها في تسببه التحريم
بأي سبب كان ، لا لكون التحليل ملك يمين ، وهكذا الكلام في غير ذلك من
الأحكام المتعلقة بالمصاهرة وغيرها ، كالتحليل على ذات العدة وغيرها .

بل منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله : ﴿ وفي تحليل أمته لمملوكة
روايتان إحداهما المنع ﴾ ، وهي صحيح ابن يقطين (٢) إنه سأل الكاظم عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة .

(٢) الوسائل الباب ٣٣- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٢ .

« عن المملوك يجعل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ، قال : لا تحل له » ﴿ ويؤيدها أنه نوع تمليك والعبد بعيد عن التملك ، والأخرى الجواز إذا عيّن له الموطوءة ﴾ وهى خبر فضيل مولى راشد (١) قلت لأبى عبد الله عليه السلام : « لمولاي في يدي مال فسألته أن يجعل لى ما أشتري من الجواري ، فقال : إن كان يجعل لك إن أحل لك فهو حلال ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : إن أحل لك جارية بعينها فهى لك حلال ، وإن قال : اشترى منهن ما شئت فلا نطاء منهن شيئاً إلا ما يأمرك إلا جارية يراها ، فيقول : هى لك حلال ، وإن كان لك أنت مال فاشترى من مالك ما بدا لك » المؤيد بما في صحيح السراد (٢) المتقدم آناً القائل فيه ردّها بغير نكاح ، و بالنصوص المستفيضة (٣) الدالة على جواز تسرى العبد ماشاء من الاماء باذن مولاه ، المعلوم إرادة التوكيل في تحليل ذلك له عن مولاه ، بناءً على عدم ملكية العبد وعدم جواز التحليل مع عدم التعيين .

﴿ ويؤيدها ﴾ أيضاً ﴿ أنه ﴾ أي التحليل ﴿ نوع من الإباحة للمملوك أهلية الإباحة ﴾ قد تقدم لك ما علمت منه أن ﴿ الأخير أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده وأصح ، ضرورة عدم كون التحليل من الملك الممنوع منه العبد ، وأدلته شاملة للعبد وغيره ، بل استحقاق الانتفاع بالبضع بالعقد أتم في مجازية الملك من هنا ، ودعوى الفرق - بأن الانتفاع هناك من لوازم العقد وهذا مودعه ، فهو كما لو قال : « وهبتك بضع الجارية » أو « ملكتك إياه » والعبد غير قابل لذلك ، ومن هنا بنى بعضهم المسألة على كون التحليل عقداً أو ملك يمين ، وأن العبد مما يملك ما يملكه مولاه أولاً - واضحة الفساد ، للقطع بالجواز على كل تقدير ، فإن القائل بكونه ملكاً هنا لا يريد منه الملك الممنوع منه العبد ، بل المراد منه الاستحقاق ،

(١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ وهو صحيح

السراد عن محمد بن مسلم كما فى التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ الرقم ١٤١٧ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

أو أن له أحكام ملك اليمين على الوجه الذي قد مناه ، ضرورة أنه لا عين ولا منفعة ، فالخبر المزبور محمول على التقية أو على إرادة عدم النكاح له بمجرد الاذن من مولاه ، بل لابد من إيجاد العقد على من يريد نكاحها من أمة الغير مثلاً أو على غير ذلك .

وكيف كان فعلي القولين لابد له من قبول ، لكونه عقداً عليهما ، ومن أركان العقد القبول وعدم ذكر المعظم له انكالاً على الظهور ، ولأنه لا يختلف ألفاظه بالنسبة إلى سائر العقود ، وإنما يختلف ألفاظ الإيجاب ، ولذا اقتصرنا هنا على التعرض له ، مع أن قولهم : « هل هو عقد أو تملك ؟ » كاف في ذلك ، ضرورة معلومية كون التملك من العقود ، وأنه ليس من قسم الايقاعات ، فالمراد حينئذ ما صرح به غير واحد من الأصحاب كالمحقق الثاني والشهيد الثاني والفاضل الهندي وغيرهم أنه عقد نكاح أو عقد تملك .

فما عن الصيمرى - من عدم الحاجة إلى القبول حاكياً له عن إطلاق الأكثر بل ربما كان ذلك سبباً لفرور بعض الأفاضل فحكم بذلك محتجاً بظهور النصوص أنه من قسم الاباحات التي لا تحتاج إلى التعاقد - واضح الفساد ، فإن النصوص في سائر العقود خالية عن التعرض لألفاظ العقد للمعلومية ، ومن هنا لم يكن إشكال عند الفقهاء في العقديّة في سائر المقامات ، وكأن المسألة من الواضحات ، فلا يكفى حينئذ مجرد إنشاء التحليل والاباحة عن مراعاة التعاقد ، بل ظاهر الأصحاب هنا معاملة هذا العقد - وإن كان من العقود الجائزة - معاملة العقود اللازمة في التعرض لضبط ألفاظه وعدم الاكتفاء بأي لفظ اتفق ومراعاة كيفية العقد في فورية القبول وغيرها ، ولعله لكونه متعلقاً بالفرج المطلوب فيه الاحتياط ، وأنه ليس كغيره من الأموال .

ولقد فتح هذا المتهوم باباً لتشنيع المخالفين أعظم مما افترده علينا : من جواز عارية الفروج حتى للأحرار، إذ الاباحة ليست من العقود أصلاً فضلاً عن أن تكون

عقد عارية ، وجميع ذلك اشتباه وتوهم ، فإن الفروج لا تحل عند الشيعة بنحو ذلك كما صرح به المرتضى وابن إدريس والمحقق الثاني وغيرهم ، بل هو صريح جميع الأصحاب ، كما لا يخفى على من لاحظ تعرضهم لضبط ألفاظه ، وجواز عقده ببعضها وعدمه ، ولا اعتبار الهيئة وغيرها مما هو جارٍ على حسب ما تعرضوا لغيره من العقود اللازمة ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال في أنه ﴿يجوز تحليل المدبرة وأم الولد﴾ لعدم خروجهما بذلك عن الملك المقتضي لاندراجهما في النصوص ، نعم ليس له ذلك في المكاتبه ﴿و﴾ خصوصاً ﴿لو ملك بعضها﴾ بأن أدت بعض ما عليها على وجه يكون به بعضها حراً ﴿ف﴾ أنه حينئذ إذا أحلته نفسها لم تحل ﴿بذلك﴾ ، وكذا الحال في كل مبعضة ، لما عرفته سابقاً من عدم جواز تحليل العرة نفسها ، وعدم التبويض في أسباب النكاح ، ﴿و﴾ لا يرد أنها ﴿لو كانت مشتركة﴾ بين اثنين مثلاً ﴿نأكلها الشريك﴾ لشريكه ، فانه على ما ﴿قيل تحل﴾ بذلك ، بل قد صرفت فيما مضى أنه الأصح ، لعدم التبويض فيه ، بناءً على أن التحليل ملك يمين وإن كان للمنفعة ، فإن سبب الوطء حينئذ متحد النوع .

﴿و﴾ حينئذ الفرق أنه ليس للمرأة البقرة أن تحل نفسها ﴿لما علمت أن التحليل مختص بالأماء بخلاف الأمة﴾ ، فإن ليس لها تحليلها ، أو للصحيح (١) المتقدم سابقاً المصرح فيه بالحكمين كما عرفته سابقاً ، بل هو العمدة في الجواز كما أنه لا يرد جواز العقد من الشريكين على الأمة المشتركة للأجنبي مع عدم تأثير العقد من كل منهما إلا في البعض المملوك فيه ، ضرورة عدم كون ذلك تبعيضاً في سبب النكاح بعد فرض كونه عقداً منهما بوكالة ثالث أو أحدهما الآخر أو إجازته بعد أن كان مورد العقد الجميع ، نعم لو قال كل منهما : «زوجتك حصتي» أو «أحللتها لك» ففي القواعد إشكال ، ولعله من أن تحليل كل منهما إنما يتعلق حقيقة بخصته ، فالإطلاق إنما يعتبر لانصرافه إليه ، فالتصريح به أولى بالصحة ، ومن

ظهور الأدلة في كون مورد العقد الكل دون البعض ، بل لا يؤثر فيه صحة حتى يقارنه التأثير ببعض الآخر بلفظ واحد ، و من أن الوطء لا يتبعض ، والاحلال مثلاً إنما يتعلق به حقيقة ، وإن أريد بالحصنة الحصنة من الرقبة حصل الشك في الحل من كونه مجازاً في إحلال الوطء وإن كان في الأخيرين ما لا يخفى ، ولا ريب أن الأحوط عدم العقد بهذه الكيفية إن لم يكن الأقوى ، خصوصاً مع التعاقب في القبول ، والله العالم ، هذا كله في الصيغة وما يتبعها .

﴿ و أما الحكم ﴾ فيه ﴿ مسائل ﴾ :

﴿ الأولى ﴾

﴿ يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ ﴾ الكاشف عن إرادة الالفاظ حقيقة أو مجازاً بالقرائن المقالية ﴾ و ﴿ الحالية التي منها ﴾ ما شهد الحال بدخوله تحته ﴾ في الإرادة على حسب غيره من العقود ، بل الظاهر أنه مثلها أيضاً في دخول التوابع في الحكم وإن لم يستحضرها العاقد حال إنشائه ، بل ولا هي من لوازم معنى اللفظ الذي هو متعلق العقد ، نحو ثياب العبد ورحل الدابة وبعض مرافق الدار وأحو ذلك مما هي قطعاً ليست من مدلولات اللفظ ، ولكن بيع الدار مثلاً يتبعه بيع ذلك عرفاً على وجه لو نبهته عليه لأدخله فكذلك هنا ما كان من هذا القبيل أيضاً .

و على كل حال ﴿ فلو أحل له التقبيل اقتصر عليه ﴾ و على اللمس المتوقف تحقق التقبيل عليه ﴿ وكذا لو أحل له اللمس ﴾ أو النظر اقتصر عليهما ﴿ فلا يستبيح الوطء ﴾ الذي هو غير داخل في شيء منها لاحقيقة ولا مجازاً ولا تبعاً ﴿ و ﴾ الأصل حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه ، نعم ﴿ لو أحل له الوطء حل له ما دونه من ضرر الاستمتاع ﴾ للفهم العربي المؤيد بقول الصادق (عليه السلام) في خبر ابن عطية (١) : « إذا أحل الرجل للرجل من جاريته قبله لم يحل له غيرها ، وإن أحل له الفرج حل له جميعها » مع أن الظاهر حلية ذلك ما لم يصرح بالمنع فيما زاد على ما يتوقف عليه تحقق الوطء ، وإلا كان التحليل مقتصراً عليه أيضاً ، لاطلاق

النصوص أنه ليس له إلا ما أحل له ، قال فضيل بن يسار (١) : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت : إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال ، فقال : نعم يا فضيل ، قلت : فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة وهي بكر أحل لأخيه مادون فرجها أله أن يفتننها ؟ قال : لا ليس له إلا ما أحل له منها ، ولو أحل له قبله منها لم يحل له ماسوى ذلك ، قلت : أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتننها ؟ قال : لا ينبغي له ذلك ، قلت : فإن فعل أيكون زانياً ؟ قال : لا ، ولكن يكون خائناً ، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً ، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها ، و في خبر هشام ابن سالم وحفص بن البختري (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يقول لامرأته أحلي لي جاريته فإني أكره أن تراى متكشفة ، فتحلها له ، قال : لا يحل منها إلا ذلك ، و ليس له أن يمسه ولا أن يطأها ، بل زاد فيه هشام « أله أن يأتيها ؟ قال : لا يحل له إلا الذي قالت ، إلى غير ذلك من النصوص (٣) التي مضى بعضها أيضاً المتفقة في الدلالة على ذلك .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لم لو أحل له الخدمة ﴾ المتوقفة على عقد التحليل للاحتياج إلى لمس ونظر ونحوهما ﴿ لم ﴾ يجوز له أن ﴿ يطأ ، و كذا لو أحل له الوطء لم يستخدم ﴾ من غير إشكال في شيء من ذلك نصاً (٤) ولا فتوى ، بل هو مقتضى أصول المذهب ﴿ و ﴾ قواعده ﴿ لم لو وطأ ﴾ مثلاً ﴿ مع عدم الاذن كان عاصياً ﴾ قطعاً مع العلم بالتحريم ﴿ ولزمه عوض البضع ﴾ لمولها عشر القيمة أو نصفه ، كما تقدم الكلام فيه سابقاً و في أرض البكارة و تقييده بجهلها أو إكراهها . ﴿ و كان الولد رقاً لمولها ﴾ بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك ، لكونه نماء ملكه ، والفرض عدم العقد المقتضى لتبعية الولد ، ولا الشبهة ، بل هو زان لا حق له في ماله ، ولا

(١) و (٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١

(٤) الوسائل الباب - ٣٥ و ٣٦ - من أبواب نكاح المبيد والاماء .

ينافي ذلك نفي الزنا عنه في خبر فضيل (١) المحمول على غير الفرض ، ولو توهم الاذن أو الجهل بحرمة ذلك عليه أو على التجوز في نفي الزنا عنه باعتبار كونها محملة له في الجملة أو نحو ذلك .

هذا وقد يتوهم من نصوص الباب جواز التحليل لغير الوطء لمتعديين في زمان واحد ، وخصوصاً مع اختلاف المحلل صنفاً أو عضواً ، كما لو أحل النظر مطلقاً لشخص واللمس لآخر ، أو أحل نظر الوجه لشخص والبطن لآخر ، أو أحل النظر مثلاً لجماعة ، إلا أن المعلوم من مذاق الشرع خلافه ، بل يمكن دعوى معلومية ذلك من الشريعة ، كمعلومية عدم البعلين للامراة الواحدة ، وأنه لا فرق في عدم جواز الاشتراك بين الوطء وبين غيره من باقي الاستمتاعات .

و ربما كان في تصريح بعضهم بصيرورة المحللة ولو نظراً أجنبية بالنسبة إلى السيد شهادة على ما ذكرنا ، ضرورة أولوية الأجنبي بالمنع منه ، لعدم الاستصحاب فيه ، بل هو مقتض للحرمة فيه ، بخلاف المالك الذي قد توقف في حرمة ذلك عليه بتحليل الوطء فضلاً عن غيره بعض متأخري المتأخرين ، بل المتأخرون عليه عدم جواز تحليل النظر إلى ما لا يعوز النظر إليه للأجنبي وإن لم يكن بشهوة إذا كانت محملة للغير ولو لمساً .

وكان إغفال الأصحاب لذلك و نحوه إكالات على ما ذكره في عقد النكاح ، وأنه مشترك معه في ذلك ، وفي تعيين المحللة والمحلل له ، والكمال في المتعاقدين ، وجواز التصرف في المحللة وغير ذلك مما هو معلوم اعتباره في النكاح و توابعه ، قال في جامع المقاصد عند البحث عن حرمة الأمة المزوجة على سيدها : « أما إذا أحل المملوكة لغيره فلم يتعرض المصنف لحكمها ، وينبغي أن يكون في جميع الاستمتاعات كالمزوجة ، لأن الاحتياط في الفروج أشد من تجويز شيء من الاستمتاع لغير واحد » و قال في المسالك : « الوجه في ذلك - أي حرمة الأمة المزوجة على سيدها - أن وجوه الاستمتاع صادرة مملوكة للزوج ، فيحرم على غيره ، لامتناع

حل الاستمتاع بالمرأة لأزيد من واحد شرعاً، وفي معناها المحللة للغير بالنسبة إلى المالك مع كون التحليل متناولاً للوطء ، وهو وإن أدرهم تقييده أخيراً بجواز الاستمتاع له إذا كان التحليل غير متناول للوطء ، لكن ظاهر تعليقه الأوتل العموم، على أن ذلك منه للمالك ، وهو غير التحليل لمتعديدين وإن كان الذي يقوى في النظر عدم الفرق بين المالك وغيره .

المسألة الثانية :

* ولد المحللة * للحر * حر * شرطها أو أطلق ، تغليباً لها و لعموم الأخبار (١) بتبعية الولد للحر من الأبوين ، وخصوص صحيح زرارة (٢) قال للمباقر عليه السلام : « الرجل يحل لأخيه جاريته قال: لا بأس به ، قال : قلت : فإنها جاءت بولد ، قال : يضم إليه ولده ، و يرد الجارية إلى صاحبها ، قلت : إنه لم يأذن له في ذلك ، قال : إنه قد أذن له و هو لا يأمن أن يكون ذلك ، و نحوه الصحيح الآخر (٣) بل في الحسن أو الصحيح (٤) أيضاً « الرجل يحل جاريته لأخيه و حرة أحلت جاريته لأخيها ، قال : يحل له من ذلك ما أحل له ، قلت : فجاءت بولد ، قال : يلحق بالحر من أبويه ، والخبر (٥) عن الرجل يقول لأخيه : جاريته لك حلال ، قال : قد حلت له ، قلت : فإنها ولدت ، قال : الولد له و الأم للمولى ، و إني أحب للرجل إذا فعل ذا بأخيه أن يمن عليه فيهبها له ، يعني إذا جاءت بولد .

(١) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب تكاح العبيد والاماء .

(٢) أشار إليه في الوسائل في الباب - ٣٧ - من أبواب أحكام العبيد والاماء

الحديث ٤ وذكره في التهذيب ج ٧ ص ٢٢٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٣٩ و الكافي ج ٥ ص ٢٦٩ و الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب -٣٧- من أبواب تكاح العبيد والاماء الحديث ٣ -٧- ٦ .

﴿ثم إن شرط الحرية مع لفظ الاباحة فالولد حر ولا سبيل على الأب﴾
 بلا خلاف ﴿وإن لم يشترط قيل﴾ والقائل الشيخ في غير خلافه: ﴿يجب على أبيه
 فكه بالقيمة﴾ ، بل هو المحكي عن الصدوق أيضاً. ﴿وقيل﴾ والقائل المشهور
 شهرة عظيمة ، وفيهم من لا يعمل إلا بالقطعيات ﴿لا يجب وهو﴾ مع كونه كذلك
 ﴿أصح الروايتين﴾ وإن كانت الأخرى أيضاً صحيحة ، كصحيح ضريس بن
 عبد الملك (١) قلت لأبي عبد الله عليه السلام : «الرجل يحل لأخيه فرج جاريته وهي
 تخرج في حوائجه ، قال : هو له حلال ، قلت : فإن جاءت بولد منه ما يصنع به ؟
 فقال : هو لمولى الجارية إلا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلها له
 إن جاءت بولد فهو حر ، قلت : فيملك ولده ، قال : إن كان له مال اشتراه بالقيمة ،
 وصحيح الحسن بن زياد العطار (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج ، فقال :
 لا بأس ، قلت : فإن كانت أمت منه بولد ، فقال : لصاحب الجارية إلا أن يشترط
 عليه ، ورواية إبراهيم بن عبد الحميد (٣) عن أبي الحسن عليه السلام «في امرأة قالت
 لرجل : فرج جاريته لك حلال ، فوطأ فولدت ولداً ، قال : يقوم الولد عليه
 بقيمته ، نعم ناقش في المسالك في سندها ، لكن يدفعها صحة الأولى بطريق الصدوق
 وأحد طريقى الشيخ والنص على توثيق الحسن بن زياد العطار .

بل يمكن الجمع بينها وبين الأولى بحمل تلك على صورة الاشتراط أو على
 الفك بالقيمة ، مؤيداً بما كان الفرق بين عقد النكاح والتحليل بكون ذلك عقد نكاح
 يقتضى التشريك في النماء بخلاف التحليل الذي هو بمنزلة الاباحة ورفع المنع الذي
 لا يرفع مقتضى قاعدة تبعية نماء الملك لملكه ، إلا أنه لما كان الجمع مشروطاً بالمعادلة
 المفقودة هنا - للشهرة العظيمة بين الأصحاب المؤيدة بما سمعته سابقاً من تبعية
 الولد لأشرف الأبوين نصاً (٤) وقتوى التي لا فرق فيها بين عقد النكاح وغيره بعد

(١ و٢ و٣) الوسائل الباب ٣٧ - من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ - ٢ - ٥ .

(٤) الوسائل الباب ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد والاماء .

فرض كون الوطء صحيحاً ولو شبهة ، بل في نصوص المسألة الاشارة إلى أن المقام فرد من أفرادها ، مضافاً ، إلى بناء الحرية على التغليب و السراية وإلى ما في هذه النصوص من الاختلاف في الجملة باعتبار دلالة بعضها على كونه رقاً و آخر على الحرية مع غرامة الأب قيمته ، بل كلام الخصم أيضاً غير محدد بالنسبة إلى ذلك - عمل المشهور على تلك الأخبار، وأطرحوا هذه النصوص، أو حملوها على استحباب دفع القيمة من الأب أو غير ذلك، ولعله الأقوى والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ لا بأس أن يطأ الأمة وفي البيت غيره ﴾ يراه وأيسمعه وإن كره ذلك في الحرة، للأصل و الحفظ رتبها عنها ، و صحيح ابن أبي يعفور (١) عن الصادق عليه السلام : في الرجل ينكح البجارية من جواريه و معه في البيت من يرى ذلك ويسمعه ، قال : لا بأس « بعد القطع بعدم الفرق بين المملوكة وغيرها ، و ظهور إرادة عدم الكراهة من نفى البأس هنا و لو بقرينة معرفة السائل و نفعانه (٢) وأنه لا يسأل عن أصل الجواز المعلوم في الحرة فضلاً عن الأمة ، وإنما سؤاله عن الكراهة الثابتة في الحرة ولكن مع ذلك للتسامح في الكراهة و مطلوبة الحيا للشارع و التستر في هذا الأمر قال في كشف اللثام : « لا يبعد القول بالكراهة ، لعدم النهي (٣) عن الوطء وفي البيت صبي يراه و يسمع نفسيهما » وهو محتمل لا مكان حمل الصحيح على نفى الشدة خصوصاً بعد الخبر (٤) « لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته و في البيت صبي » و الأمر سهل .

(١) الوسائل الباب -٧٥- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ .

(٢) هكذا في النسخة الاصلية المبينة ، و في المسودة التي هي بخط المستف طاب

ثراه « وقتاها » وهو الصحيح .

(٣) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث - ١٠٠ .

﴿و﴾ كذا لا بأس ﴿أن ينام بين أمتين﴾ لمرسل ابن أبي نجران (١) د إن
 أبا الحسن عليه السلام كان ينام بين جارينتين ، ﴿و﴾ إن كان ﴿يكره ذلك في الحرة﴾
 عند المشهور بين الأصحاب احتراماً لهن بالتجنب عن ايذاءهن ، لكن في الخبر (٢)
 ولا بأس أن ينام الرجل بين أمتين و الحرثين ، إنما نساؤكم بمنزلة اللعب ، ومن أجله
 وسوس بعض متأخري المتأخرين فيها ، لكن التسامح في أدلتها سهل الخطب فيه .
 ﴿ويكره﴾ أيضاً ﴿وطء﴾ الأمة ﴿الفاجرة﴾ بالملك والعقد ، للعار ،
 وحذراً من اختلاط الماءين ، ومخالفة ظاهر الآية (٣) وفي خبر محمد بن مسلم (٤)
 «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحبشية يتزوجه الرجل ، قال : لا وإن كان له أمة وطأها ،
 ولا يتخذها أم ولد» .

بل ﴿و﴾ يكره له وطء ﴿من ولدت من الزنا﴾ وإن كانت هي عفيفة ،
 للعيب ، ولأنها لا تفلح ، وخبر الحلبي (٥) عن الصادق عليه السلام «سئل عن الرجل يكون
 له الخادم ولد زنا عليه جناح أن يطأها ، قال : لا وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي» ،
 وحسن ابن مسلم (٦) عن أحدهما عليه السلام «في رجل يشتري الجارية ويتزوجهما بغير
 رشدة ويتخذها لنفسه ، قال : إن لم يخف العيب على نفسه فلا بأس» بل عن ابن
 إدريس تحريم وطئها لكفرها ، وفيه منع تقدم في محله .

و بالجملة فلا ريب في دلالة فحوى هذه النصوص على مرجوحية وطء الزانية

(٢١) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ٣ - ١ .

(٣) سورة النور : ٢٤ - الآية ٣ .

(٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٢ والباب - ٦٠ -

من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ وفي الموضعين : «الخبيثة يتزوجها الرجل»
 كما في الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ .

(٥) (٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٥ - ٣ وفي

الثاني د ان لم يخف العيب على ولده .

مضافاً إلى خبر الحسين بن أبي العلاء (١) المروى عن خرائج الراوى قال : «دخل على أبي عبد الله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال : إن فلان بن فلان بعث معي بجمارية وأمرني أن أدفعها إليك ، قال : لا حاجة لي فيها ، إنما أهل بيت لا يدخل الدس بيوتنا ، قال : لقد أخبرني أنها ربيبة حجره ، قال : لا خير فيها ، فانها قد أفسدت ، قال : لا علم لي بهذا ، قال : أعلم أنه كذا » بل في خبر آخر عنه (٢) «أنه لما دخل عليه الرجل من خراسان قال له : ما فعل فلان ؟ قال : لأعلم لي به ، قال : أنا أخبرك به ، بعث معك بجمارية لا حاجة لي فيها ، قال : و لم ؟ قال : لأنك لم ترقب الله فيهما حيث عملت ما عملت ليلة نهر بلخ ، فسكت الرجل ، وعلم أنه علم بأمر عرفه .»

المسألة الرابعة

لا يشترط في التحليل تعيين المدة ، للأصل وإطلاق النصوص (٣) خلافاً للمعكي عن المبسوط ، ولاوجه له ، ولا ذكر مهر ، كما أنه لا نفقة لها ، بل لاسلطان له عليها لا ليلاً ولا نهاراً إلا باذن السيد ، بخلاف الأئمة المزوجة ، ففي القواعد إن عليه تسليمها للزوج ليلاً وله استخدامها نهاراً ، وكأنه لأنه إنما ملكه الانتفاع بموضعها فيبقى له الاستخدام ، والغالب في زمانه النهار ، كما أن الغالب في زمان الأول الليل ، ولذا بنى عليه القسم ، فلو أراد أحدهما عكس ماله لم يلزم الآخر إجابته وكذا لو آجرها للاستخدام ، فإن عليه تسليمها نهاراً ، وله الاستمتاع بها ليلاً ، فلو أراد أحدهما الاستبدال لم يلزم الإجابة ، وقد وافقه على ذلك شارحاه : المحقق الثاني والفاضل الهندي .

بل فيها أيضاً أنها لو كانت محترقة وأمكنها ذلك في يد الزوج ففي وجوب تسليمها إليه نهاراً لو أراد إشكال » بل في الشرحين أقرب به وأصححه عدمه ، لأن

(٢١) الوسائل الباب -٦٣- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١-٢ .

(٣) الوسائل الباب -٣١- من أبواب نكاح العبيد والاماء .

التزويج لم يقتض إلا التسليم ليلاً وربما بدا للسيد استخدامها نهاراً ، بل في الثلاثة أيضاً أن للسيد أن يسافر بها ولعله لسبق حقه ، ولأنه مالك للرقبة وإحدى المنفعتين ، فكان جابيه أقوى ، نعم لو أراد الزوج السفر معها ليصحبها ليلاً لم يكن له منعه ، لأن ذلك حق ثابت له ، لكن لانفقة لها وإن تمكن منها نهاراً مالم يكن السفر برضا ، فانه يكون بمنزلة سفره بها ، كما في الثلاثة أيضاً أن الأقرب تسلط الزوج على إخراجها من دار السيد ليلاً لو أراد ، حتى انه لو بذل لهما بيتاً في داره لم تجب على الزوج إجابته .

وفيهما أيضاً أن النفقة إنما تجب على الزوج في الحضر لو تسلمها ليلاً ونهاراً ، أما لو تسلمها ليلاً فقط فالأقرب كما عن المبسوط عدم وجوب شيء منها لعدم التمكين التام ، ويحتمل وجوب الكل ، ككون التخلف بحق كالحيض والمرض ، ونصف النفقة أو نفقة الليل خاصة .

و في القواعد أيضاً « أنه لو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر أقرب به عدم ، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها ، و في جامع المقاصد احتمال السقوط حتى في الأخيرين أيضاً بل عن المبسوط إسقاطه في الأخير ، كما أن سقوطه بقتل الأجنبي الأمة قول ، لكونها حينئذ كتلف المبيع قبل قبضه .

لكن لا يخفى عليك ما في الجميع ، وعدم انطباقه على ما عند الامامية من حرمة القياس والاستحسان والمصالح المرسلة ونحو ذلك من القول بالرأي ، ومن هنا خلت عن هذه الأحكام معظم كتب الأصحاب ، و إنما وجدتها في كتب العامة كالاسعاد ونحوه ، بل أكثرها فيها من الخرافات ، وخصوصاً في تحرير الوقت من الليل الذي يجب تسليمها فيه .

ولعل العمدة فيما ذكره الفاضل ما رواه الراوندی في المحكي في نوادره باسناده (١)

(١) المستدرك الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح المبيد و الاماء الحديث ١ عن

الجعفریات .

عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام : « إن علياً عليه السلام قال : إذا تزوج الحر أمة فإلها تخدم أهلها نهاراً و تأتي زوجها ليلاً ، وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك ، بناءً على كونه جامعاً لشرائط الحجية ، ولم يكن خارجاً مخرج التقية ، وإلا كان ذلك كله مشكلاً ، فإن المنتجة على أصول الإمامية جريان حكم الزوجة عليها ، فيجب تسليمها حينئذ ليلاً ونهاراً ، نعم يجوز للسيد الانتفاع بها في كل منهما ما لم يعارض حق الاستمتاع بها ، وملك السيد لها لا يزيد على ملك الحرة نفسها الذي قد انقطع بعقد التزويج الوارد على ذلك والمقتضى تسلط الزوج على زوجته في جميع الأزمنة والأمكنة ، فإن الرجال قوامون على النساء ، وهن حرث لهم ، فليأتوا حرثهم أنى شاءوا .

بل الظاهر عدم جواز سفر السيد بها بدون إذن الزوج بخلاف العكس ، وملك الرقبة لا ينافي ذلك ، فإنها أمانة في يد الزوج كالعين المستأجرة ، فإن لم يأمنه تولى هو حفظها ولو بالسفر معها على وجه لا يمنع استمتاع الزوج .

وبذلك يظهر وجوب تمام نفقتها عليه ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة المقتضية وجوب تسليمها إليه ، لمعلومية كون النفقة عوضاً عن الاستمتاع ، اللهم إلا أن يدعى أن بناء نكاح الأمة على ذلك ، أي على الاستحقاق ليلاً على وجه يكون كالشرط ، وإلا لم ينطبق شيء من ذلك على أصولهم .

كما أنه لا ينطبق عليها سقوط المهر بالقتل الذي هو ليس من أسباب الفسخ للعقد المقتضى لوجوب المهر ، والنكاح ليس من المعاوضات المحضة فضلاً عن أن يكون كالبيع حتى يشاركه في حكم التلف قبل القبض ، نعم بناءً على سقوط المهر بالموت قبل الدخول للنصوص (١) التي تسمعها وتسمع الكلام فيها في محله ينتجة هنا ذلك ، لا للقتل من حيث كونه قتلاً فتأمل جيداً كي تعرف الحال فيما ذكره العامة أيضاً من حكم تزويج العبد باذن سيده ، فإنهم أيضاً قدن كروا فيه أيضاً ما يفر من مما سمعته ، لكن المنتجة على أصولنا عدم تسلط السيد عليه ، حيث يجب عليه الوعد والفسخ ونحوهما ، أما مع عدم شيء منهما فللسيد منعه واستخدامه ليلاً ونهاراً . فإن الإذن

بترديه لا تقتضى دفع اليد عنه ليلاً على وجه تستحقه الزوجة مطلقاً ، اللهم إلا أن يستفاد من فعوى ماسمعه في الأمة بناءً على ثبوت الحكم فيها ، والله العالم .

﴿ ويلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة : ﴾

﴿ الاول ما يرد به النكاح ﴾

﴿ وهو يستدعى بيان ثلاثة مقاصد ﴾

﴿ الاول فى العيوب ﴾

﴿ وهى إما فى الرجل وإما فى المرأة ، فعيوب الرجل ﴾ المتفق على الفسخ بها ﴿ ثلاثة ﴾ بل أربعة ﴿ الجنون والخصا والعنن ﴾ والجب ﴿ فالجنون ﴾ الذي هو مرض فى العقل يقتضى فسادَه وتعطيله عن أفعاله وأحكامه ولو فى بعض الأوقات ، من الجنان أو الجن بالكسر أو الجن بالفتح ، فالجنون من أصيب جنانه أى قلبه ، أو أصابته الجن ، أو حيل بينه و بين عقله فستر عقله ، نعم لا عبرة بالسهو الكثير السريع الزوال ، ولا الاغماء الذي يكون عن هيجان المرة أو غلبة المرض أو نحو ذلك مما لا يصدق معه اسم الجنون ، وإلا فلو فرض كونه على وجه يصدق عليه ذلك ترتب عليه حكمه ، بل لعله داخل فى مفهومه لغة وإن خص فى العرف باسم آخر ، حتى قيد الجنون بأن لا يكون فى عامة الأطراف فتور ، وإليه يرجع ما عن الشيخ وابن البراج من أن الجنون ضربان : أحدهما خنق والثانى غلبته على العقل من غير حادث مرض ، وهذا أكثر ، وأيهما كان فالخيار لصاحبه ، وإن غلب عقله المرض فلا خيار ، فإن برىء من مرضه فلا كلام ، وإن زال المرض وبقي الاغماء فهو كالجنون لصاحبه الخيار ، وكيف كان فالجنون فنون .

و على كل حال هو ﴿ سبب لتسلط الزوجة ﴾ الجاهلة ﴿ على الفسخ دائماً

كان ﴿ الجنون ﴾ أو أدواراً ﴿ للصدق إذا كان سابقاً على العقد أو مقارناً له بلا خلاف معتدبه أجده فيه ، بل الاجماع إن لم يكن محصلاً ، فهو محكي عليه ، لنفي الضرر والضرار و الغرور والتدليس و لفحوى خبر علي بن أبي حمزة (١) الأثني في المتجدد بعد التزويج بناءً على أولوية غيره منه في ذلك ، قيل : و لصحيح الحلبي (٢) « إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل » والذي عثرنا عليه في الأصول عنه عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال : « في رجل يتزوج إلى قوم ، فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له ، قال : لا يرد » ، إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل ، قلت : أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحلت من فرجها ، ويفرم وليتها الذي أنكحها مثل ماساق إليها » ورواه في الكافي (٣) « سألته عن رجل يتزوج إلى قوم ، فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له ، قال : يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل » و كان بناء الاستدلال على عدم تخصيص الوارد بالمورد ، ولكن فيه أنه كذلك بعد معلومية استقلال الجواب ، ومن المحتمل قراءة الفعل هنا بالمعلوم ، فيكون الضمير فيه راجعاً إلى الرجل ، فلا يكون مستقلاً ، ولعله لذا لم يحكم الأكثر - كما ستعرف - بالخيار لها في الجذام و البرص ، نعم رواه الشيخ في موضع من التهذيب (٤) « إنما يرد النكاح - إلى قوله - : و العقل » من دون تقدم شيء آخر وتأخره ، لكن من المعلوم أن ذلك من تقطيع الشيخ ، لا أنه خبر مستقل للحلبي كما يوميء إليه اتحاد السند . وعلى كل حال فالاستدلال به لا يخلو من إشكال .

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) ذكر صدره في الوسائل في الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦

و ذيله في الباب - ٢ - منها الحديث ٥ .

(٣) أشار إليه في الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ وذكره

في الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٢٣ - الرقم ١٦٩٣ .

و منه يعلم أيضاً ما في الاستدلال عليه بأولوية ثبوته للمرأة في الرجل من العكس الثابت نصاً (١) وفتوى كما ستعرف ، لكون الرجل له طريق تخلص بالطلاق دونها فإنه يمكن منع القطع بها ، خصوصاً بعد قول الصادق عليه السلام في خبر عباد القبي (٢) الأئمة : د والرجل لا يرد من عيب ، كما أن الواضح منع كونها من قبيل فهم حرمة مطلق الايذاء من النهي عن التأفيف (٣) .

ولعله لذا توقف في الحكم بعض متأخري المتأخرين ، وخصه في المتجدد دون السابق ، قال : د و الظاهر أن الوجه فيه عدم صحة النكاح لو فرض قبل العقد ، إلا أن يكون الجنون أدواراً وعقد في حال الصحة ، أو قلنا بجواز تزويج الولي فيه ، لكن قد عرفت ما فيه مع فرض الصحة التي هي محل البحث ولو بالعقد من الولي حال كونه صغيراً مجنوناً : من أنه يكفي أولويته من الجنون بعده في الحكم المزبور والاجماع المحكي وغير ذلك .

بل الظاهر عدم الفرق فيه بعد صدق اسمه بين عقله أوقات الصلاة وعدمه ، خلافاً لظاهر المحكي عن ابن حمزة من تقييد الخيار بذلك مطلقاً بل ربما حكى أيضاً ذلك عن المبسوط والمهذب مشعرين بالاجماع عليه ، كما عن الصدوق نسبته إلى الرواية (٤) و لعله لدعوى توقف الصدق على ذلك ، وفيها منع ، وما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (٥) د إذا تزوج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ منه مبلغاً حتى لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما ، وإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب والتدليس .

(٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ عن عباد الضبي

كما يأتي .

(٣) سورة الاسراء : ١٧ - الآية ٢٣ .

(٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

(٥) المستدرک الباب - ١١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(جواهر الكلام - ج ٢٠)

المرأة ، فقد ابتليت ، الذي هو بعد تسليم حجيته في الجنون المتجدد ، كالمرسل عن الفقيه ، فانه بعد أن روى خبر ابن أبي حمزة (١) الأثني في المتجدد قال : « و روى في خبر آخر (٢) أنه إن بلغ به الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما ، فان عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه ، فقد ابتليت » وستعرف تحقيق المسألة وعلى كل حال فلا ريب في أن لها الخيار بالجنون السابق مطلقاً .

بل ﴿ وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوطء أو بعد العقد والوطء ﴾ بخلاف أجده فيه مع عدم عقل أوقات الصلاة ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، كما هو ظاهر غير واحد ، بل مطلقاً وفاقاً لجماعة ، لنفي الضرر والضرار (٣) ، ولا طلاق الصحيحين (٤) بناء على دلالتهم ، ولخبر علي بن أبي حمزة (٥) « سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون له زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون ، قال : لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت » .

وخلافاً للمحكي عن ابن بابويه والمفيد والشيخ وبني زهرة والبراج وإدريس فقيدوه بما إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلاة وإلا فلا خيار ، بل في الرياض تنبته إلى الأكثر ، للأصل والمرسل (٦) والرضي (٧) وإليه أشار المصنف بقوله : ﴿ وقد يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلاة وهو في موضع التردد ﴾ من إطلاق الخبر المتزبور (٨) المؤيد باستبعاد الفرق بين ما قبل العقد وبعده ، خصوصاً

(٢١) الوسائل الباب ١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١-٣.

(٣) الوسائل الباب ١٢- من كتاب احياء الموات .

(٤) الوسائل الباب ١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ والتهذيب ج ٧

س ٢٢٣ - الرقم ١٦٩٣ و س ٢٢٦ - الرقم ١٧٠١ .

(٨٥) الوسائل الباب ١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٦) الوسائل الباب ١٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

(٧) المستدرك الباب ١١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

إذا كان المستند في الأول إطلاق النصوص (١) الذي لا فرق فيه بين السابق والمتعدد، ومن المرسل (٢) المؤيد بالرضوي (٣) وأصالة لزوم فيمن يعقل، و عدم الجابر لخبر ابن أبي حمزة بالنسبة إلى ذلك، بل الموهن محقق، بل لا بأس بتقييده بالمرسل المزبور المنعبر بفتوى الأكثر، ومن هنا كان مختار بعض الأفاضل ذلك، لكن الذي يقوى في النظر أنه لا خلاف في المسألة أصلاً، وإن كان أول من يوهم كلامه ذلك ابن إدريس فيما حكى عنه، كما أن أول من ظنه المصنف وتبعه الفاضل ومن تأخر عنهما، إلا أن مراد الأصحاب بعدم عقله أوقات الصلاة، تحقق الجنون الذي يسقط معه التكليف، لا أنه تقسيم للجنون المسقط للتكليف إلى قسمين أحدهما ما يعقل والآخر ما لا يعقل، والمسلط للخيار الثاني في الثاني بخلاف السابق فإنه بقسميه مسلط للخيار، إذ هو كما ترى لا ينبغي صدوره من أصاغر الطلبة فضلاً عن أساطين المذهب وقوامه.

ومن ذلك يعرف عدم الفرق بين السابق والمتعدد كما سمعته عن ابن حمزة، بل والمبسوط والمهذب المشعرين بالاجماع عليه، وكأن من اقتصر على ذكر ذلك في المتعدد اعتمد على ثبوته في السابق بطريق أولى، لا لاختصاص الخيار به، وحينئذ يظهر لك من ذلك ما في كثير من كتب الأصحاب المحررة لهذه المسألة.

ثم إن ظاهر الفتاوى بل كاد يكون صريح جامع المقاصد عدم الفرق في هذا الحكم بين الدائم والمنقطع، ولا بأس به، بل قد يدعى شمول النص له، والله العالم. ﴿و﴾ أما ﴿النساء﴾ بالكسر والمد فهو ﴿سلة الاثنين﴾ أي إخراجهما ﴿وفي معناه﴾ بل قيل منه ﴿الوجاء﴾ بالكسر والمد، وهو رخصتهما، فالمشهور بين الأصحاب أنه عيب تتسلط به المرأة الباهلة على الفسخ، لحديث الضرار (٣)

(١) الوسائل الباب - ١٢١ - من أبواب الميوب والتدليس.

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٣.

(٣) المستدرک الباب - ١١ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب احياء الموات.

وخصوص المعتبرة المستفيضة كصحيح ابن مسكان (١) « بعثت بمسألة مع ابن أعين ، قلت : سله عن خصى دلس نفسه لامرأته فدخل بها فوجدته خصباً ، قال : يفرق بينهما ، و يوجع ظهره ، و يكون لها المهر بدخوله عليها » و في رواية الكشي (٢) « أنه كتب بذلك إلى الصادق عليه السلام مع إبراهيم بن ميمون ، والموثق (٣) عن أحدهما عليهما السلام « في خصى دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها فقال : يفرق بينهما إن شئت المرأة ، و يوجع رأسه ، وإن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه ، والأخر (٤) عنه عليه السلام « إن خصباً دلس نفسه لامرأة ، قال : يفرق بينهما ، وتأخذ المرأة منه صداقها ، و يوجع ظهره كما دلس نفسه ، وصحيح علي بن جعفر (٥) عن أخيه عليه السلام المروى عن قرب الاسناد « سألته عن خصى دلس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره ، و يفرق بينهما ، وعليه المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل فعليه نصف المهر ، وما عن الفقه (٦) المنسوب إلى الرضا عليه السلام « وإن تزوجها خصى فدلس نفسه لها و هي لا تعلم فرق بينهما ، و يوجع ظهره كما دلس نفسه ، وعليه نصف الصداق ، ولا عدة عليها منه ، فإن رضيت بذلك لم يفرق بينهما ، و ليس لها الخيار بعد ذلك » لكن مع ذلك كله فمن المبسوط والخلاف أنه ليس بعيب ، لأنه يولج ، بل ربما كان أبلغ من الفحل ، لعدم فتوره إلا أنه لم ينزل ، و هو ليس بعيب ، إنما العيب عدم الوطء ، و في كشف اللثام « و لعله يحمل الأخبار على من لا يتمكن من الإيلاج ، و ليس ببعيد » وفيه أنه مناف لما في أكثرها (٧) من أخذ صداقها أجمع منه المشروط بالدخول المصرح به في بعضها (٨) نعم قد يقال : إن النصوص جميعها قد اشتملت على التدليس ، و لعل خيارها من جهته ، لامن حيث

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣-٢-١ .

(٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ - ٥ .

(٦) المستدرک الباب - ١٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٧ و ٨) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٠-٣ .

كونه عيباً ، كما عساه يومئذ إليه ما في بعضها (١) « كما دلّس نفسه » الذي هو بمنزلة التعليل مؤيداً ذلك بأصالة اللزوم ، وما في النص (٢) « الأتي من عدم ردّ الرجل بعيب ، أللهم إلا أن يقال : يكفى في التدليس عدم إخباره بنفسه ، بل لو لم يكن الخصاء عيباً لم يتحقق الخيار بتدليسه أيضاً فتأمل .

ولا إشكال في الوجود مع فرض كونه فرداً منه وإن كان مشكلاً إلا أن يفهم التعليل من قوله ﷺ (٣) : « كما دلّس نفسه » مع أنه بمعناه .

ومنه يستفاد ثبوت الخيار حينئذ في فاقداً لثنتين خلقة ونحوه مما هو كالخصي .
* و * الموجه إن يكن داخلاً فيهما .

نعم * إنما يفسخ به * أي الخصاء وما في معناه * مع سبقه على العقد * دون المقارن فضلاً عن المتجدد بعده و خصوصاً بعد الوطء ، للأصل واختصاص النصوص به . * ولكن مع ذلك ففي المتن وغيره * قيل * يفسخ به * وإن تجدد * بعد العقد قبل الوطء بل قيل وبعد الوطء * و * مع أنه * ليس بمعتد * لم نعرف دليلاً معتداً به له ، والله العالم .

* و * الثالث : * العنن * وهو * مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يمحز عن الإيلاج * بل لا يبعد اندراج ما كان عن سحر موضوعاً أو حكماً كما في كشف اللثام وغيره ، ولعله المراد من بعض النصوص (٤) الأتية المشتملة على أخذة الزوج بالضم التي هي على ما قيل رقية كالسحر ، وربما ظهر من بعضهم اعتبار عدم شهوة النساء فيه ، وفيه منع واضح .

* و * لا إشكال في أنه * يفسخ به * العقد ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى النصوص كخبر عباد الضبي أو غياث (٥) عن أبي عبدالله ﷺ « في العنين إذا علم أنه لا يأتي النساء فرق بينهما ، فإذا وقع عليها دفعة واحدة لم يفرق بينهما ،

(٣١) الوسائل الباب -١٣- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٢ .

(٣٢) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٢-٣ .

(٥) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٢ .

والرجل لا يرد من عيب ، وصحيح أبي بصير (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أنفارقه ؟ قال : نعم إن شاءت ، وعن ابن مسكان (٢) أنه قال : وعن حديث آخر « ينتظر سنة فإن أتاها وإلا فارقته ، وإن أحببت أن تقيم معه فلتقم معه ، والموقوف (٣) عنه عليه السلام أيضاً « أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها ، قال : إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك ، وإن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها ، و نحوه خبر السكوني (٤) وصحيح الكناي (٥) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أبداً أنفارقه ؟ قال : نعم : إن شاءت ، وخبر السكوني (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال أمير المؤمنين عليه السلام : من أتى امرأة مرة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيار لها ، وفي محكمي الفقيه وفي خبر آخر (٧) « أنه متى أقامت المرأة مع زوجها بعد أن علمت أنه عني ورضيت لم يكن لها خيار بعد الرضا ، وصحيح ابن مسلم (٨) عن أبي جعفر عليه السلام « والعين يتربص به سنة ، ثم إن شاءت امرأته تزوجت ، وإن شاءت أقامت ، وخبر غياث بن إبراهيم (٩) عن جعفر عن أبيه عليه السلام « إن علياً عليه السلام لم يكن

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ - ٣ .

(٤) ليس في المقام لسكوني رواية إلا ما يذكرها بعد صحيح الكناي الاتي ، وقد ذكر في الوافي ج ١٢ ص ٨٤ الباب - ٨٨ - من أبواب النكاح بعد نقله موثق عمادان السكوني روى عن أبي عبد الله عليه السلام مثله في الفقيه ، والظاهر أنه سهو من قلّمه الشريف أو من النساخ إذ لم نعثر في الفقيه عليها كما لم نجدها في الكافي والتهذيب والاستبصار .

(٥ و ٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ - ٨ .

- ١٠ - ٥ .

(٩) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ وفيه « ويرد من

العسر » كما في التهذيب ج ٧ ص ٣٣٣ - الرقم ١٧٢٥ إلا أن الموجود في الوافي ج ١٢

ص ٨٤ الباب - ٨٨ - من أبواب النكاح نقلا عن التهذيب « من المنن » .

يرد من الحمق ، و يرد من العنن ، وخبر أبي البختري (١) عن أبي جعفر ، عن أبيه عليهما السلام « إن علياً عليه السلام كان يقول : يؤخر العنن سنة من يوم مراعاة امرأته ، فإن خلص إليها ، وإلا فرّق بينهما ، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها » إلى غير ذلك من النصوص الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً الظاهرة في أن لها الفسخ به ﴿وإن تجدد بعد العقد﴾ كما هو المعروف بين الأصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً منّا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، لاطلاق الأدلة ، بل لعله الفرد الظاهر المتجدد ولو بالاستصحاب .

فما في جامع المقاصد - من أنه يلوح من عبارة المبسوط عدم ثبوت الخيار به ، قال : « العيب الحادث بالزوج بعد العقد ، فكل العيوب تحدث فيه إلا العنن ، فإنه لا يكون فعلاً ثم يصير عنيئاً عن نكاح واحد ، وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون » - في غير محله ، فإن مراده بحسب الظاهر ما حكى عنه في مقام آخر « إذا تزوج امرأة و دخل بها ثم عجز عن جماعها لم يحكم بأنه عنين ، ولا تضرب له مدة بالاختلاف من أنه لا عنن شرعياً بعد الدخول ولو مرة » .

و على كل حال فلا إشكال في ثبوت الخيار بالمتجدد ﴿لكن بشرط أن لا يبطأ زوجته ولا غيرها ، فلو وطأها ولو مرة ثم عن أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الأظهر﴾ الأشهر ، بل عن المبسوط والخلاف نفى الخلاف فيه ، للأخبار التي سمعتها المنجبرة بما عرفت ولرجاء زواله حينئذ ، خلافاً للمحكي عن ابن زهرة و ظاهر المفيد من تخييرها مطلقاً مدعياً عليه أو لهما الإجماع الموهون بما سمعت ، وللضرب و خبر الكناي (٢) وما شابهه التي يمكن حملها على غيرها من الأخبار المقيدة ، فما في المختلف من التوقف في غير محله ، كما أن فيما حضرنى من نسخة الرياض من نقل الشهرة وغيرها كذلك ، لظهور كونه خلافاً في النقل .

نعم الظاهر الاكتفاء بتحقيق العنن بالنسبة إليها حتى يعلم أنه يوطأ غيرها ، لا أنه لابد من عرض على الغير حتى يعلم أنه عاجز عن وطء غيرها ، وإن كان ربما يوهمه بعض النصوص السابقة نحو قوله عليه السلام (١) «إذا علم أنه لا يأتي» وقوله عليه السلام (٢) : «إن كان لا يقدر» إلى آخره لكن المراد العلم ولو بهذا الطريق ، ضرورة ظهور نصوص التأجيل في فسخاها عند انتهاء الأجل لمجرد عجزه عنها في الأجل مع عدم العلم بحاله في غيرها ، وحينئذ لا يقدح فيما ذكرنا دعوى دخول المعجز عن وطء أحد في مفهوم العنن .

كما أن الظاهر اعتبار عدم وطئها ولو مرة ، فلا يسقط خيارها بوطء غيرها بعد عقدها ثم اعتراه العنن بعد الخلوة بها أوقبله ، فإن النصوص السابقة إنما أسقطت خيارها بوطئها ولو مرة ، لا مطلق الوطء وإن كان القول به لا يخلو من وجه بل قوة .

وعلى كل حال فما عن ظاهر المفيد من ثبوت الخيار بالمعجز عن وطئها وإن تمكن من وطء غيرها مناف لأصالة اللزوم ، وللإجماع المحكي إن لم يكن المصطلح ، ولما سمعته من بعض النصوص التي لا يناقياها إطلاق بعضها المحمول عليها أو المبني على ما أومأنا إليه سابقاً من تحقيق العنن بالمعجز عنها وعدم العلم بإمكان وطء غيرها ، ولعل هذا هو مراد المفيد ، وإلا كان محجوجاً بما عرفت .

بل ﴿ وكذا ﴾ يسقط خيارها ﴿ لو وطأها ﴾ بعد العقد ﴿ دبراً و عن ﴾ قبلاً ﴿ لارتفاع العنن حينئذ ولا ندراجه في النصوص (٣) السابقة حينئذ بناءً على ما سمعته من جواز الوطء في الدبر فانه أحد المأتين (٤) أما بناءً على عدم جوازه فيشكل اندراجه فيها فتبقى الاطلاقات المقترضة للخيار حينئذ سالمة عن المعارض ،

(١) المتقدم في ص ٣٢٤ الرقم ٥ وص ٣٢٥ الرقم ٣ .

(٣) الوسائل الباب -١٤- من أبواب العيوب و التدليس .

(٤) الوسائل الباب -٧٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٧ .

و لعله لذا قيّد السقوط بذلك في الروضة والمسالك ، بل قد يحتمل ذلك على القول بالجواز أيضاً بدعوى انسياق غيره من نصوص التقييد ، فيبقى الاطلاق سالماً كما أنه قد يحتمل السقوط على الحرمة أيضاً بدعوى صدق الوقوع والائيان ونحوهما مما يدخل به تحت الحكم الوضعي في نصوص التقييد مؤيداً ذلك بظهور عدم العنن حينئذ ، والله العالم .

﴿ وهل تفسخ ﴾ المرأة ﴿ بالجب ﴾ السابق على العقد ؟ ﴿ فيه تردد ، منشؤه التمسك بمقتضى العقد ﴾ المقتصر في خلافه على المنصوص عليه بخصوص الذى هو المتيقن ، وعدم رد الرجل بعيب ، و من صدق التدليس ، و كونه بمعنى الخصى أو العنن ، بل أعظم منهما ، لقدرة الأول على الايلاج ، واحتمال الثانى البرء ، والضرر ، وشمول صحيح الكنانى (١) وأبى بصير (٢) له .

﴿ والأشبه تسلطها به ﴾ بل لا أجد فيه خلافاً ، بل عن المبسوط والخلاف نفيه عنه ﴿ لتحقق العجز عن الوطء ﴾ الذى بسببه يندرج في الصحيحين السابقين المؤيدين بفحوى الخصى والعنن وقاعدة الضرر وغيرها ، لكن ﴿ بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة ﴾ وإلا فلا خيار لها قولاً واحداً ، لجريان جميع أحكام الوطء حينئذ عليه ، ولا تجرى فيه أدلة الخيار .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو حدث الجب ﴾ بعد العقد قبل الوطء أو بعد الوطء ﴿ لم يفسخ به ﴾ وفاقاً لما عن جماعة ، منهم ابن إدريس والفاضل في الارشاد و موضع من التحرير والخلاف و موضع من المبسوط ، بل في الأخير عندنا أنه لا خيار فيه ، لأصالة اللزوم ، ولكونه كالخصاء الذى قد عرفت اشتراط سبقه .

﴿ و فيه قول آخر ﴾ محكي عن القاضى والفاضل في التلخيص و موضع من التحرير أنها تتسلط به حتى لو حدث بعد الوطء فضلاً عما قبله ، بل في محكي المبسوط نفي الخلاف فيه بيننا وبين غيرنا ، ولعله لقاعدة الضرر وشمول الصحيحين (٣)

(٢٩١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١-٦ .

(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١-٦ .

ولا ينافي ذلك عدم ثبوت الحكم في العنن والخصاء ، ضرورة عدم ملازمة اشتراكه معهما في الفسخ في حال لاشتراكه معهما في عدمه في الحال الآخر ، لا مكان استقلاله بدليل يقتضي اختصاصه بذلك ، لنفي الخلاف فيما سمعته من المبسوط وغيره .
و ربما قيل بالتفصيل بين ما قبل الوطء و بعده ، للأصل والتصرف المسقط للخيار ، ولما سمعته من النصوص (١) المقيدة لا طلاق مادل (٢) على الخيار بما إذا لم يوطأ ولو مرة ، وإلا كانت المرأة مبتلاة فلتصبر ، ومن هنا يقوى لحق حكم العنن له ، وأما الزيادة فلم تثبت ، ونفي الخلاف المزبور من الشيخ موهون بما سمعته منه ، فضلاً عن تبيينه بالنسبة إلى كلمات الأصحاب .

و على كل حال فلو قلنا بثبوته بتجده بعد العقد قبل الوطء أو بعده ففي القواعد « أن الأقرب عدم فسخها لو كان قد صدر منها ذلك عمداً » ولعله لأنها حينئذ هي التي فوّتت على نفسها الانتفاع ، كما لا خيار للمشتري لو أتلّف المبيع أو عيّبه ، فتبقى حينئذ أصالة اللزوم سالمة عن قاعدة الضرر وغيرها ، وربما احتمل الثبوت أيضاً ، بل هو خيرة بعض العامة ، لأنه كهدم المستأجر الدار المستأجرة له ، وللعموم ، وعدم استلزام رضاها بالعيب رضاها بالنكاح معه ، وفيه منع عموم يشمل الفرض ، والخيار على خلاف الأصل ، والقياس باطل عندنا بعد تسليم الحكم في المقيس عليه ، والله العالم .

﴿ ولو بان ﴾ الزوج أو الزوجة ﴿ خنثى ﴾ واضحاً ولو بأحد الأمارات المعتمدة
﴿ لم يكن ﴾ له ولا ﴿ لها الفسخ ﴾ لأصالة اللزوم ، وقوله في الخبر السابق (٣) :
« وليس يرد الرجل من عيب » ولأنه حينئذ كزيادة إصبع أو ثقبه .
﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في موضع من المبسوط : ﴿ لها ذلك ﴾ للنفرة

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٨٥٣٥٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ و ٥ و ٩ .

(٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٢ وفيه

« والرجل لا يرد من عيب » .

﴿و هو محكم﴾ واضح ﴿مع﴾ فرض ﴿إمكان الوطء﴾ الذى هو المقصود في النكاح ، ومن هنا حكى عن الشيخ في مواضع آخر التصريح بعدم كونه عيباً ، وكون الأمارات ظنية لا تقتضى بذلك بعد أن كانت معتبرة عند الشارع على وجه تشخيص الموضوع وتجرى عليه أحكامه .

أما لو فرض كونه مشكلاً فالنكاح باطل من أصله ، لعدم العلم بحصول شرطه ، فالأصل بقاء البضع بحاله ، وما وقع من الشيخ في المواريث - من أن للزوج إذا كان كذلك نصف النصيبين - سهو من القلم ، والله العالم .

﴿و﴾ حينئذ ﴿لا يرد الرجل بعيب غير ذلك﴾ الذى قدمناه وفقاً للمشهور ، للأصل وحرمة القياس عندنا ، وقوله ^(١) في المعتبر بوجود من أجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده أولاً بجباره بالشهرة بالنسبة الى ذلك : « وليس يرد الرجل من عيب ، خلافاً لما عن القاضي في المذهب ، فردّه بالجذام والبرص والعوى ، وأبى على بها و بالعرج والزنا ، ولم أعرف أحداً وافقهما على ذلك عدا جماعة من المتأخرين في خصوص الجذام والبرص ، لصحيح الحلبي (٢) والأولوية وقاعدة الضرر بالعدوى ونحوها ، مع ما في المسالك من المناقشة في الخبر المزبور سنداً ودلالة ، لمعلومية ثبوت عيب في الرجل يرد به ، لكن قد عرفت الحال في ذلك كله سابقاً ، على أن العدوى - مع اقتضاها التعبدية إلى كل مرض معدٍ مما لا يقول به الخصم - يمكن رفعها بإيجاب التجنب ، فالأقوى عدم الخيار بهما حينئذ مع سبقهما على العقد ، فضلاً عما لو تجدد بعده ، وخصوصاً بعد الوطء ، فضلاً عن غيرهن مما لم نعرف للمقائل به دليلاً عدا دعوى الأولوية من المرأة الممنوعة على مدعيها ، وعدا بعض النصوص (٣) في الزامى زوجها بعد العقد قبل الدخول المعارضة بأقوى (٤)

(١) الوسائل الباب ١٤ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ وفيه « والرجل

لا يرد من عيب » .

(٢) الوسائل الباب ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤ .

(٣) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ و ٣ .

(٤) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ - ٤ .

منها في ذلك أيضاً بوجوه : منها الشهرة العظيمة إن لم يكن إجماعاً على عدم تسلطها على الفسخ بذلك ، كما قد تقدم الكلام فيها سابقاً ، والله العالم . هذا كله في الرجل .

﴿و﴾ أما ﴿عيوب المرأة﴾ فهي ﴿سبعة﴾ : الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والمرج ، أما الجنون ﴿الذى لا خلاف نصاً (١) وفتوى في كونه عيباً فيها بل الاجماع بقسميه عليه﴾ ﴿قد عرفت أنه﴾ ﴿هو فساد العقل﴾ وإن كان فنوناً من الجنان أو الجين " أو الجن " ، فالجنون من أصيب جنانه أي قلبه ، أو أصابته الجن " ، أو حيل بينه وبين عقله فستر عقله كما في كشف اللثام ، والظاهر أنه من الأخير ، بل لعل الأولين منه أيضاً لما فيهما من الستر .

﴿و﴾ أنه ﴿لا يثبت الخيار مع السهو السريع زواله﴾ وإن كثرت ، لعدم كونه من الجنون ﴿ولا مع الاغماء العارض مع غلبة المرأة﴾ ونحوها مما لا يصدق معه اسم الجنون ﴿وإنما يثبت الخيار فيه﴾ أي الاغماء ونحوه ﴿مع استقراره﴾ لكونه حينئذ منه وإن سمي باسم آخر عرفاً كما سمعته فيما تقدم ، واحتمال عود الضمير الى المجنون يدفعه أنه لا فرق فيه بعد صدق اسمه نصاً وفتوى بين المستقيم وغيره والمطبق والأدواري ، و لعل الأولى من ذلك كله إيكال الأمر الى العرف الصحيح القاضي بكونه بقنونه عيباً .

﴿و﴾ أما الجذام فهو ﴿المرض السوداوي﴾ الذي يظهر معه يمس الاعضاء وتنائر اللحم و﴿لا بد أن يكون بيناً﴾ ولا يجزىء قوة الاحتراق ولا تعجز الوجه ﴿أي غلظ وضخم وصار ذاعجر أي عقد﴾ ولا استدارة العين ﴿إذا لم يعلم كونه منه ، وإلا فسخ بها ، لعدم اعتبار الاستحكام فيه عندنا بعد تحققه ، لا طلاق النص (٢) والفتوى نعم عن بعض العامة اعتباره ضابطاً له في الجذام بالتقطع ، وفي البرص بالوصول الى العظم ، بحيث إذا فرك فركاً شديداً لا يحمر ، واحتمال

حمل عبارة المتن و ماشابهها على اعتبار ذلك - و إن عدم اجزاء الاحتراق و تعبر الوجه و استدارة العين لكون ذلك ابتداءه قبل استحكامه - يدفعه وضوح بطلانه ، لتعليق الحكم نصاً وفتوى على الاسم ، وعلى كل حال لو اختلفا فالقول قولها إلا أن يشهد به عدلان .

﴿ و أما البرص فهو ﴾ لغة و عرفاً ﴿ البياض الذي يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ﴾ وعند الأطباء أو السواد كذلك لغلبة السوداء ، لكن قد يمنع تسلط الفسح به ، للأصل وعدم الصدق عرفاً و إن سلم اشتراكه معه في العلامات ، فاذن ذلك أهم ، وستمع التعبير بالبياض في خبر البصري (١) .

و كيف كان فلا اعتبار بالبهق الذي فرق بينه وبين البرص مع كونهما أبيضين بأن البرص غائر في اللحم إلى العظم دونه ، ومن علاماته أنه إذا غزر في الموضع إبرة لم يخرج دم ، بل ماء أبيض ، و إن ذلك لم يحمر إذا ، ويكون جلده أنزل وشمرة أبيض ، و إذا كانا أسودين بأن البرص يوجب تفليس الجلد كما يكون للسمك .. ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا يقضى بالتسلط ﴾ على الفسح ﴿ مع الاشتباه ﴾ بالأصل وغيره .

﴿ و أما القرن ﴾ بالسكون أو الفتح ﴿ فقد قيل : إنه ﴾ لحم ينبت في فم الرحم يمنع من الوطء وهو المسمى : ﴿ العفل ﴾ بل في كشف اللثام « هو المعروف عند أهل اللغة » و في محكي المبسوط « قال أهل الخبرة : العظم لا يكون في الفرج ، لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها ، وهو الذي يسمى العفل ، وفي صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) عن الصادق عليه السلام « المرأة ترد من أربعة أشياء : من البرص و الجذام و الجنون و القرن ، و هو العفل ما لم يقع عليها ، فإذا وقع عليها فلا » و مضمّن البصري (٣) « في الرجل إذا تزوج المرأة فوجد بها قرناً و هو العفل

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

أو بياضاً أو جذاماً إنه يردّها ما لم يدخل بها ، ﴿ و ﴾ من ذلك كلّهُ يعرف ضعف ما ﴿ قيل ﴾ من أنه ﴿ عظم ﴾ كالسن ﴿ ينبت في الرحم يمنع من الوطء ﴾ كما عن النهاية والصحاح و الجمهرة .

﴿ و ﴾ يعرف أيضاً أن ﴿ الأول أشبه ﴾ نعم ، يمكن دعوى عمومهِ لهما ، كما عساه يشهد له ما عن المغرب : « القرن في الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه ، إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم ، و في الصحاح : « والقرن : العقلة الصغيرة ، والعقل والعقلة بالتحريك فيهما شيء يخرج من قبل النساء و حياء الناقة شبيهة بالادرة التي للرجال ، والمرأة عقلاء ، وفي النهاية بعد تفسيره بالعظم : « و يقال له : العقل ، كما أنه يمكن دعوى مشاركة نبات العظم له في الحكم المعلوم و إن لم يكن قرناء ولا عقلاء بدعوى كون العلة فيه المنع من الوطء ، خصوصاً بعد خبر أبي الصباح الكناني (١) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجدها قرناء قال : هذه لا تحبل ، ولا يقدر زوجها على مجامعتها يردّها على أهلها صاغرة ، ولا مهر لها ، المشعر بذلك ، وكان هذا الخلاف قليل الجدوى بعد تصريح النصوص (٢) بكون القرن عيباً والعقل كذلك ، فالحكم ثابت على تقديرى الانعقاد و التعدد و إن زاد عدد العيوب على الثاني دون الأول ، و هي ليست ثمرة معتداً بها .

وكيف كان ﴿ فان ﴾ منع من الوطء فسبح به إجماعاً بقسميه ونصوصاً (٣) و إن ﴿ لم يمنع الوطء قيل ﴾ والقائل الشيخ والقاضى بل في المسالك نسبته إلى الأكثر : ﴿ لا يفسخ به ﴾ للأصل و الاحتياط و انتفاء الضرر به ﴿ بإمكان الاستمتاع ﴾ و صحيح عبد الرحمن (٤) السابق المراد منه على الظاهر أنه إذا وقع

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب ١- من أبواب الميوب والتدليس .

(٣) الوسائل الباب ١- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ .

عليها أمكنه الوطء ولا خيار ، وإشعار خبر أبي الصباح (١) المتقدم ، قيل : ولا ينافيه ما في ذيله : « قلت : فإن كان دخل ، قال : إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها - يعني المجامعة - ثم جامعها فقد رضى بها ، وإن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك وإن شاء طلق ، لا مكان لإرادة المجامعة في غير القبل ، هذا .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ لو قيل بالفسخ به ﴾ مطلقاً ﴿ تمسكاً بظاهر النقل أمكن ﴾ بل هو الأقوى لا طلاق الأدلة ، حتى خبر عبد الرحمن (٢) الظاهر في أن له الفسخ مالم يطلأ وإن كانت قابلة له ، بل في صحيح أبي عبيدة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها ، فقال : إذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها من زمانة ظاهرة فإنها ترد على أهلها من غير طلاق » بل خبر أبي الصباح (٤) الذي لا يخفى ما في حمله سابقاً من البعد ، ولعل الأولى حمله على عدم التمكن من كمال المجامعة ، وكذا خبر الحسن بن صالح (٥) الذي تسمعه .

لكن في المسالك « هذا القول قوى » إن لم يكن الإجماع على خلافه ، إذ لا يظهر به قائل صريحاً ، كما يظهر من قوله : « ولو قيل » إلى آخره قلت : ولعله الموافق لاطلاق الأكثر كما اعترف به في كشف اللثام ، فلا محيص حينئذ عنه بعد ما عرفت ، نعم يمكن اعتبار عدم التمكن فيه من كمال المجامعة فيه الذي قد سمعت ظهور خبر أبي الصباح (٦) السابق فيه ، ونحوه وخبر الحسن بن صالح (٧) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال : هذه لا تحبل ، وينقبض زوجها عن مجامعتها ، ترد على أهلها ، قلت : فإن كان دخل بها ، قال : إن علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد

(١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧) ذكر صدره في الوسائل الباب ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث

٣ وذيله في الباب ٣ - منها الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب ٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

رضي بها، وإن لم يعلم بها إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك، وإن شاء سرّحها إلى أهلها، ولها ما أخذت منه بما استحل من فرجها .

بل ربما احتتمل تنزيل كلام الكل عليه، فلا خلاف حينئذ في المسألة، فيراد حينئذ مما في النص و الفتوى - عدم القدرة على الجماع في العقل والانقباض - أنه لا يتمكن من كماله، لكونه ثابتاً في قعر الرحم، فيمنع من ولوج الذكر و وصوله إلى محله، و لذا لم تحبل العفلاء غالباً، و كان فيه كمال الضرر باعتبار نقصان الاستمتاع والتلذذ فضلاً عن غيرهما، فناسب إطلاق تسلط الزوج على الفسخ، وإلا كان محجوجاً بما عرفت .

﴿ و أما الافضاء فهو تعيين المسلكين واحداً ﴾ كما تقدم الكلام فيه مفصلاً، ولا خلاف في كونه عيباً، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى الصحيح (١) السابق .
﴿ و أما العرج ففيه تردد ﴾ منشؤه من أصالة اللزوم وحصر العيب في غيره في الصحيح (٢) وغيره . بل هو ظاهر مفهوم العدد في غيره أيضاً، و من صدق الزمانة التي سمعت حكمها في صحيح أبي عبيدة (٣) السابق وصحيح داود بن سرحان (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: تردّ على وليّها، ويكون لها المهر على وليّها، وإن كان بها زمانة لا يراها الرجال أجيز شهادة النساء عليها » و صحيح محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال: « تردّ البرصاء والعمياء والمرجاء والجذماء » بل وخلاف بين الأصحاب .

﴿ أظهره ﴾ عند المصنف و الفاضل في القواعد والارشاد ﴿ دخوله في أسباب الفسخ إذا بلغ الاقعد ﴾ خلافاً لما عساه يظهر من الخلاف والمبسوط والمهذب من

(٣١) الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ١- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦ .

(٣) ذكر صدره في الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦

وذيله في الباب ٣- منها الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب ١ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٧ .

عدم كونه عيباً مطلقاً ، ولما عن الاسكافي والشيخين في المقنعة والنهاية و سلا ر أبي الصلاح وابن البراج في الكامل وابن حمزة من إطلاق كونه عيباً ، بل لعله ظاهر الفقيه أيضاً ، بل وموضع من المقنع ، وقيل : بل إليه يرجع ما في المختلف ومحكي السرائر والتحرير وإن قيدوه بالبين الذي يمكن إرادته للأصحاب أيضاً ولذا قال ابن إدريس : « وألحق أصحابنا عيباً ثانياً ، وهو العرج البين ، ذهب إليه شيخنا في نهايته » مع خلو عبارة النهاية بل وغيرها من التقييد بالبين ، ولعل الوجه فيه - مضافاً إلى استبعاد كون مطلق العرج عيباً - وصف الزمانة بالظاهرة في صحيح أبي عبيدة (١) .

بل في جامع المقاصد الظاهر أن المراد بالاقعاد في المتن والقواعد والعرج البين واحد ، وهو أن يكون فاحشاً لا يستطيع معه التردد في العادة إلا بالمشقة الكثيرة ، فلا ترد بالعرج اليسير ، وهو الذي لا يكون كذلك ، بل قال : « وهذا هو المختار ، لأن في صحيحة داود بن سرحان « وإن كان بها زمانة » وظاهرها أن الرد منوط بالزمانة ، ومفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين ، وكذا رواية أبي عبيدة مع أن المطلق يجب حمله على المقيد ، والاقتصار في المخالف للأصل على موضع اليقين أقرب » .

وإن كان فيه ما لا يخفى بل ما كنا لنؤثر أن يقع مثل ذلك من مثله ، وكذا ما وقع من الفاضل الاصبهاني فإنه بعد أن ذكر صحيح أبي عبيدة دليلاً لاعتبار الاقعاد ، قال : « فإن المعهود من الزمانة ما تؤدي إلى الاقعاد ، والوصف بالظهور يدل على عدم مع الخفاء فضلاً عن العرج الذي لا يبلغ الاقعاد ، بل الظاهر من الزمانة الغير الظاهرة ذلك ، هذا مع كون الخيار على خلاف الأصل والاحتياط ، ووقوع الخلاف في مطلق العرج فلنقتصر منه على هذا النوع منه وكونه نوعاً منه ، لأن العرج في الأصل هو الميل ، وإنما سمى به الأفة المعهودة لميل الرجل أو عضو

(١) الوسائل الباب ٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

منها عن مكانه أو عن الاستقامة في المشى ونحوه، والعيل يتحقق في الافعاد .
ولكن الجميع كما ترى ، فإن الاستبعاد بعد مجيء الدليل المعتبر في غير محله ، كالاستناد إلى الأصل و العموم الذي يجب الخروج عنهما به ، والزمانة أمر آخر غير العرج ، و منها ما تكون خفية لا يطلع عليها إلا النساء ، ولذا حكى عن الصدوق أنه جعل الزمانة غير العرج ، فأثبت الخيار بها دونه ، فليس النصوص حينئذ من باب الاطلاق والتقييد ، على أن وصفها بالظهور في الصحيح (١) لارادة الردِّ بها من غير حاجة إلى شهادة النساء ، بخلاف الخفية فإنها تجوز فيها شهادة النساء ، كما أوضحه الصحيح الآخر (٢) وجواب الشرط « أجزى شهادة النساء » و مفهومها عدم جواز شهادتهن في الظاهرة التي يمكن إطلاع الرجال عليها ، و في محكي المصباح « أن الزمانة مرض يدوم زماناً طويلاً » و في الصحاح « الزمانة آفة تكون في الحيوانات ، ورجل زمن أي مبتلى بيتن الزمانة » وليس في شيء مما عثرنا تفسيرها بخصوص الافعاد ، بل لعل تقييدها بالظهور في صحيح أبي عبيدة وبأنه لا يراها الرجال في صحيح داود يقضى بخلاف ذلك ، فالأقوى كون العرج مطلقاً عيباً إلا أن لا يكون بيتناً على وجه لا يعد عيباً عرفاً ، ولعل هذا هو مراد من قيده بالبیتن، لا وصوله إلى حد الافعاد ، نعم قد يستفاد من فحواه ومن الزمانة كون الافعاد أيضاً عيباً آخر أيضاً ، والله العالم .

❦ وقيل ❦ بل في كشف اللثام أنه المشهور ، بل لم نعرف أحداً تردد فيه قبل المصنف ولا بعده على ما اعترف به بعض الفضلاء : ❦ الرتق أحد العيوب المسالطة على الفسخ ، وربما كان ❦ ذلك ❦ صواباً إن منع الوطء أصلاً لفوات الاستمتاع ❦ حينئذ ❦ إذا لم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت من علاجه ❦ والفرض عدم وجوبه عليها للأصل والعسر و الحرج ، ولما في خبر أبي الصباح (٣) والحسن بن صالح (٤) مما

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب -١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣-٤ .

هو كالتعلييل للرد^١ بالعقل و القرن بعدم القدرة على الجماع ، بل الظاهر دخوله في العقل ، لأنه هو كون الفرج ملتصقاً على وجه ليس للذكر مدخل فيه ، ومن هنا حكم في التحرير على ما قيل بمرادفته له ، بل لعل الخبرين المزبورين قاضيان بالخيار فيه إذا لم يمكن الزوج الوطء ، وإن أمكن لغيره ممن هو صغير الألة ، فما في المسالك - من نفي الخيار مع عدم بلوغ الارتفاق حد المنع من الوطء ولو لصغير الألة - في غير محله ، لما عرفت من دخوله في العقل موضوعاً أو حكماً ، وكأنه تبع بذلك ما في جامع المقاصد من أنه « لاشبهة في أن الخيار إنما يثبت بالرتق إذا كان مانعاً من الوطء ، صرح بذلك المحققون ، و وجهه بقاء مقصود النكاح ، فلو ارتفق المحل و بقي منه ما يمكن معه الوطء فلا خيار وإن كان لصغير آله ، بخلاف العدم ، وهو - مع كونه مفروضاً في الزوج المتمكن لصغير آله فيه أيضاً - أنه مناف لدخوله تحت العقل موضوعاً أو حكماً ، وقد عرفت أن الخيار به متى منع من الوطء أو كماله ، فمثله يأتي هنا حينئذ ، بل عن الغزالي من العامة إلحاق ضيق المنفذ زائداً على المعتاد بحيث لا يمكن وطؤها إلاً بافائها به ، ولا بأس به ، وعن بعضهم التفصيل بين احتمالها وطء نحيف الألة وعدمه ، فلا فسح في الأول دون الثاني ومرجه إلى ما سمعته من المسالك ، وفيه ما عرفت ، وأوضح منه فساداً ما عن آخر منهم أيضاً من التفصيل في الرجل أيضاً بنحو ذلك ، أي بين من لا تسع حشقة امرأة أصلاً ومن تسع له بعض النساء ، إن هو كما ترى .

ثم إن ظاهر قول المصنف « و امتنعت » إلى آخره عدم الخيار مع رضاها ، كما صرح به في المسالك ، وفيه منع خصوصاً على تقدير إدراجها في العقل .

وعلى كل حال ففي القواعد وغيرها أنه ليس للزوج إجبارها على علاجه ، ولعله للخرج و انتفاء الضرر عنه بالخيار ، بل في المسالك لأن ذلك ليس حقاً له ، كما أنها لو أرادته لم يكن له منعها ، لأنه تدار لا تعلق له به ، فتأمل ، والله العالم .

﴿ وكيف كان ف ﴾ لا ترد المرأة بعيب غير هذه السبعة ﴿ التي منها العمى ، فإنه موجب للخيار أيضاً بلا خلاف صريح أجده فيه ، بل عن المراضى وابن

زهرة الاجماع عليه ، و هو الحجة مضافاً إلى صحيح داود (١) السابق الذي بهما يخص الأصل و مفهوم حصر العيب في غيره (٢) كمفهوم العدد ، فما عساه يظهر من نسبة الخيار فيه إلى بعض الأصحاب في محكي المبسوط من المنع في غير محله ، لما سمعت ، بل هو كذلك و إن كانتا مفتوحتين بلا انضمام ولا نقط بياض و نحوه للاطلاق و إن كان قد يقال : إن أصل العمى يدل على الستر والتغطية .

نعم لا اعتبار بالعمور لخروجه عن المتفاهم من العمى ، مع الأصل والاحتياط و صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام « في الرجل يتزوج الأمة إلى قوم فاذا امرأة عوراء ولم يبيئوها له ، قال : لا ترد » .

ثم لا يخفى عليك أن تعدادها سبعة مبني على جعل القرن و الرق والمقل واحداً و الاقعاد والمرج كذلك ، والأمر سهل بعد وضوح الحكم .

إنما الكلام في الرد بغيرها كزنا المرأة ، قبل دخول الزوج بها الذي أثبت الخيار به الصدوق ، لقول علي عليه السلام (٤) « في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها يفرق بينهما ولا صداق لها ، لأنّ الحدث كان من قبلها » بل مطلق الزنا من الرجل والمرأة قبل العقد وبعده الذي أثبت به الخيار الاسكافي ، للخبر السابق ، وللمرسل عنه عليه السلام (٥) أيضاً « أنه فرّق بين رجل وامرأة زنا قبل دخوله بها » ولخبر عبدالرحمان ابن أبي عبدالله (٦) عن الصادق عليه السلام « سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت زنت ، قال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها ، وإلّا الصداق مما استحل من فرجها » و نحوه صحيح معاوية بن وهب (٧) و حسن

(٢١٩) الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٥-٦ .

(٣) الوسائل الباب ١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٦ .

(٥٣) الوسائل الباب ٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣-٤ .

(٦) المقنع ص ١٠٩ ط طهران ١٣٧٧ .

(٧) أشاد إليه في الوسائل في الباب ٦- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤ وذكره

الحلبي (١) .

وكالحد بالزنا الذي أثبت الخيار فيه للزوج أكثر القدمات على ما في المسالك،
للجرح بالنفرة والعار ، وللخبر السابق (٢) .

و كوجدان الزوجة مستأجرة إجارة عين الذي أثبت الخيار به المادروي
من العامة ، بل قال : لا يسقط برضا المستأجر بالتمتع بها نهائياً ، لأنه تبرع قد
يرجع به .

إلا أن الجميع كما ترى بعد أن علمت منه عدم دوران الخيار على الضرر
و نحوه مما يمكن جبره بالطلاق ، وإنما هو تعبد بالأدلة الخاصة ، وليس شيء مما
سمعه كذلك ، لأنه بين غير صالح للحجة لضعف في السند وإعراض من المعظم ،
ومعارضة بما هو أقوى منه مما تقدم سابقاً حتى في الحد ، كنخبر رفاة (٣) سأل
الصادق عليه السلام « عن المحدود والمحدودة هل يرد منه النكاح ؟ قال : لا » و بين غير
صريح في الدلالة على المطلوب .

ولذا حكى عن ابن إدريس القول بالرجوع على الولي العالم بحالها بالمهر
مع عدم الفسخ ، لأن الأخبار إنما تدل على ذلك ، بل عن الشيخ في النهاية ذلك
أيضاً ، إلا أنه أطلق الرجوع به عليه ، وإن كان قد يناقش بما في المختلف من أن
الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج ، فإن كان عيباً أوجب الفسخ وإلا
لم يجب المهر ، بل لا يبعد إرادة الكناية عن الفسخ بالحكم بالرجوع بالمهر نحو
غيرهما من عقود المعاوضة .

و على كل حال فالتحقيق عدم الرد بغير ما عرفت ، للأصل ولما عرفت من
مفهومى الحصر والعدد ، بل في خبر البصري (٤) « ترد المرأة من العفل والبرص والجذام

(١ و ٢) الوسائل الباب ٦- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١- ٣ .

(٣) الوسائل الباب ٥- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب ١- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١٣ .

والجنون، وأما ما سوى ذلك فلا، وخصوص النصوص (١) في الزاني والزانية والمحدد والمحدودة التي قد تقدمت سابقاً، والله العالم.

﴿المقصد الثاني في أحكام العيوب﴾

﴿وفيه مسائل﴾ :

﴿الاولى﴾

لا خلاف نصاً و فتوى في أن ﴿العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، بل هو مورد النصوص (٢) التي هي مستفيضة أو متواترة ﴿و﴾ أما ﴿ما يتجدد بعد العقد والوطء﴾ فالمشهور نقلاً وتحصيلاً أنه ﴿لا يفسخ به﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بين العامة والخاصة إلا من ظاهر موضع من المبسوط وصريح آخره ، فخير مطلقاً ، و من أبي علي في خصوص الجنون ، ولا ريب في ضعفهما ، للأصل بل الأصول السالمة عن معارضة النصوص بعد ظهورها في غير الفرض كما ستسمع إنشاء الله تعالى ، بل ظاهر صحيح عبدالرحمان (٣) فيها التصريح باشتراك الخيار بعدم الوقوع عليها ، بناءً على ما ذكرناه فيها سابقاً ، واقتضاه على الأول غير قادح بعد الاجماع بقسميه على عدم الفرق ، كما أن ظاهر الشرط التدليس في صحيح أبي عبيدة (٤) السابق يقتضي اعتبار السابق أيضاً ﴿و﴾ بذلك مضافاً إلى الاجماع على الظاهر من عبارة المصنف يقيد إطلاق بعض النصوص (٥) إن كان .

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و الباب ٩ من

أبواب المتعة .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث - ١ - .

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ ،

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٧٧٢ و ١٧٧١ و ١٣٩١ .

نعم ﴿ في المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد ﴾ من إطلاق بعض (١) النصوص الرد بها ، ومن أصالة اللزوم واشتراط التدليس في صحيح أبي عبيدة (٢) ولذا قال المنصف ﴿ أظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض ﴾ بل هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً ، بل لعلها كذلك في الأعصار المتأخرة على المخالف على وجه كان قوله من الشواذ المقطوع ببطلانها ، خصوصاً بعد ظهور أكثر النصوص في السابق ، كقوله في خبر عبد الرحمن (٣) : « تزوج امرأة فوجد بها قرناً » إلى آخره ، وفي خبر الحذاء (٤) « تزوج امرأة فوجد بها عيباً » وفي خبري الحسن بن صالح (٥) والكناني (٦) « تزوج امرأة فوجد بها قرناً » وفي خبر غياث (٧) « تزوج امرأة فوجدها برصاً » بل هو صحيح ابن مسلم (٨) « من تزوج امرأة فيها عيب دلسته ولم يبين » وخبر رفاعه (٩) « زوجها وليها وهي برصاء » بل قد يقال فيما لم يكن في لفظه دلالة على السبق كقوله عليه السلام (١٠) : « ير النكاح من البرص » إلى آخره : إن الغالب في أمثال هذه العاهات طول المدة وتقادم العهد ، على أن في بعضها اشتراط التدليس ، كقوله في صحيح الحذاء : « إذا دلست العفلاء » إلى آخره وقد سمعت صحيح ابن مسلم ، فيقيّد حينئذ الإطلاق به ، ومع قطع النظر عن النصوص أجمع فلا ريب في استحباب اللزوم الذي هو مقتضى الأصل في العقود ، والضرر منجبر بإمكان الطلاق منه ، فما عن الخلاف والمبسوط وظاهر أبي علي من ثبوت الخيار بذلك واضح الضعف بعد الاحاطة بما ذكرنا ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٣١١ و ٧٢ و ١٣١٢ .

(٢) الوسائل الباب ٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ - ٤ - ١٣ .

(٥) الوسائل الباب ٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٧ - ٢ - ٥ .

المسألة (الثانية) *

* خيار الفسخ على الفور * بالاخلاف أجده فيه ، بل حكى غير واحد الاتفاق عليه ، اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن ، وتحزناً من الضرر اللازم بالتأخير والعمدة الاجماع ، ولولاه لأمكننا المناقشة بما سمعته غير مرة .

وحينئذ * فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد * وإن لم يكن ذلك منهما عن رضي باللزوم ، * وكذا الخيار مع التدليس * بالعيب أو غيره مما ستعرف ، ضرورة كون الفورية فيه قيدية ، فيسقط الخيار بفواتها ، لا أنها أمر آخر على حسب التكاليف الفورية التي من الواضح الفرق بينهما ، نعم قد عرفت فيما تقدم أن الجهل بالخيار بل والفورية عذر ، لا طلاق ما دل على الخيار المقتصر في تقييده على محل الاجماع الذي غير المفروض ، بل قد يقوى ثبوته أيضاً لو أكره على عدم الخيار بالقبض على فيه أو بالتهديد لذلك ، كما صرح به في جامع المقاصد ، بل في المسالك « أن العيب إن كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما ، فالفورية معتبرة في الفسخ ، وإن توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالفورية في المرافعة إلى الحاكم ، فإذا ثبت اختار الفسخ فوراً ، وفي التحرير : « أطلق أن الفوري هو المرافعة إلى الحاكم وإن كانا متفقين على العيب ، وكذلك عن الشيخ ، وهو حسن حيث يتوقف الأمر على الحاكم » .

قلت : ستعرف عدم التوقف على الحاكم في جميع أفراد الفسخ ، وإنما يتوقف عليه ضرب الأجل في خصوص العنين ، فإذا مضى لم تحتج المرأة في الفسخ إليه ، ومع فرض النزاع بينهما في ثبوت العيب المسلط على الخيار وعدمه قد يقال : إن الفورية في الفسخ أيضاً وإن كان لا يترتب عليه أثره ظاهراً إلا بعد إثبات مقتضى الفسخ ، بل قد يقال : إن تأخيره إلى المرافعة منافي لفوريته التي قد عرفت كونها قيداً ، ضرورة تعليق الخيار على وجود العيب لاعلى إثباته عند الحاكم ، فمع معلومية

حصوله عنده كان خياره فورياً ، لكن لا يعضى ذلك على الخصم مع إنكاره إلا بعد إثبات مقتضى الخيار ، لا أن الفسخ نفسه موقوف على حكم الحاكم ، وكذا لو فرض النزاع في أصل كون ذلك عيباً مالم يرجع إلى الجهل بالخيار به ولو للجهل بموجبه ، على أن الفورية في المرافعة لا دليل عليها ، خصوصاً مع كون المراد أنه مع عدم الفور فيها يسقط الخيار ، فالأقوى حينئذ بقاء معقد الإجماع ، وهو فورية الفسخ على حاله في جميع ذلك ، ومنه يعلم ما في كشف اللثام أيضاً وإن توقف الفسخ على حكم الحاكم فالفورية بمعنى فورية المرافعة إليه ، ثم طلبه منه بعد الثبوت ، إن كان مراده ما سمعته من المسالك ، وإلا فليس في أفراد الفسخ ما يتوقف على حكم الحاكم على وجه يراد منه حتى يطالب به ، وكذا الكلام فيما تسمعه إن شاء الله من المبسوط ، فتأمل جيداً .

المسألة الثالثة *

﴿ الفسخ بالعيب ليس بطلاق ﴾ قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه و حينئذ ﴿ فلا يطرد معه تنصيف المهر ، ولا يعد في الثلاث ﴾ ولا غير ذلك من أحكام الطلاق كما لا يشترط فيه شيء من شرائطه بلا خلاف ولا إشكال ، و ثبوت النصف في العنين للدليل ، ولذا قال المصنف : لا يطرد .

المسألة الرابعة *

﴿ يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم ، وكذا للمرأة ﴾ لا طلاق الأدلة ﴿ نعم مع ثبوت العنن يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل ﴾ كما استعرف ﴿ ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطء ﴾ كما هو مقتضى الأدلة المثبتة للخيار لذي الخيار السالبة عن معارضة ما يدل على اعتبار حضور الحاكم أو إذنه فضلاً عن مباشرته نفسه

الفسخ ، ومن هنا أفتى الأصحاب في الحكم المزبور من غير إشكال فيه ولا تردد ، نعم عن ابن الجنييد منهم إذا أريدت الفرقة لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من وإلى المسلمين أو خليفته أو بمحض من المسلمين إن كانا في بلاد هدنة أو سلطان متغلب ، وكأنه مذاق العامة كما حكاه في جامع المقاصد عن بعض العامة وابن الجنييد منّا .

بل يوميء إليه ما عن موضع من المبسوط « لسنا نريد بالفور أن له الفسخ بنفسه ، وإنما نريد أن المطالبة بالفسخ على الفور ، يأتى إلى الحاكم على الفور ، ويطلب الفسخ ، فإن كان العيب متفقاً عليه فسخ الحاكم ، وإن اختلفا فيه فالبينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فأما الفسخ فإلى الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه - ثم قال: ولوقلنا على مذهبنا أن له الفسخ بنفسه كان قوياً ، والأول أحوط ، لقطع الخصومة و ظاهره أن الأول جار على مقتضى أصول العامة أو إذا كان المراد قطع الخصومة بتسجيل الحاكم فيما هو مختلف فيه ، وكذا ما عنه في موضع آخر « لا يجوز أن يفسخ بغير حاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه ، خصوصاً مع ملاحظة تعليله ، ولذا حكى عنه في موضع ثالث الجزم بأن للمرأة الاستقلال بالفسخ محتجاً باطلاق الأخبار ، وعلى كل حال فالوجه ما عرفت ، فإن كان هو المراد لهم فمرحّباً بالوفاق ، وإلا كان منافياً لاطلاق الأدلة كما سمعت ، والله العالم .

المسألة الخامسة *

﴿ إذا اختلفا في العيب ﴾ فإن كان جلياً كالعمى والجنون و نحوهما مما لم يحتج إلى إقامة بينة وإلى يمين نظر الحاكم فيه ، وحكم بمقتضى ما ظهر له ، وإن كان خفياً ﴿ فالقول قول منكره مع عدم البيينة ﴾ كغيره من الدعاوى التي لا يخفى عليك جريان حكمها من ردّ اليمين والنكول ونحوهما في المقام الذي هو أحد أفرادها ، والله العالم .

المسألة السادسة *

﴿ إذا فسخ الزوج ﴾ أو الزوجة ﴿ بأحد العيوب ﴾ السابقة ﴿ ف ﴾ لا يدخل
إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ، حيث يجوز للمجهل بالحال ، وعلى التقديرين
إما أن يكون العيب متقدماً على العقد أو متأخراً عنه ، قبل الدخول أو بعده بناءً على
تحقق الخيار بذلك ، والفاسخ إما الزوج أو الزوجة ، وعلى كل تقدير إما أن يكون
هناك مدلس أم لا ، فالصور أربعة وعشرون صورة .

و خلاصة الحكم فيها في فسخ الزوج أنه ﴿ إن كان قبل الدخول فلا مهر ﴾
بلا خلاف ، بل لعل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى قول الباقر عليه السلام في صحيح
أبي عبيدة (١) : « وإن لم يكن دخل بها فلا عدة لها ، ولا مهر لها » و الصادق
عليه السلام في خبر أبي الصباح (٢) « يردها على أهلها صاغرة ، ولا مهر لها » و قول
علي عليه السلام في خبر غياث (٣) عن جعفر عن أبيه عليه السلام « في رجل تزوج امرأة
فوجد بها برصاً أو جذماً : إن كان لم يدخل بها ولم يبيِّن له فإن شاء طلقها ، وإن
شاء أمسك ، ولا صداق لها ، وإذا دخل بها فهي امرأته » المراد من الطلاق فيه الفراق
قطعاً ، ضرورة عدم اشتراط الطلاق المخصوص بالشرط المزبور ، إلى غير ذلك من
النصوص الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً ، ولأنه وإن كان الفسخ منه لكنه لعيب فيها ،
فهو سبب منها ، بل الأصل في الفسخ اقتضاؤه رد كل عوض إلى مالكة .

﴿ وإن كان بعده فلها المسمى ﴾ بما استحل من فرجها و ﴿ لا ﴾ ظهور
النص (٤) والفتوى في ﴿ أنه يثبت بالوطء ثبوتاً مستقراً ، فلا يسقط بالفسخ ﴾ الذي
قلنا : إن مقتضاه لولا ذلك رد كل عوض إلى مالكة ، على أن أحد الموضين هنا
وطء البضع ولو مرة ، و الفرض أنه قد استوفاه ، ولا يمكن إرجاعه ، فالفسخ حينئذ

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤ - ١٤ .

(٤) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور

ليس إلا لازالة قيد النكاح هنا حال الفسخ ، وليس هو إبطالا له من أصله ، ودعوى إمكان رد الوطء بغرم مهر المثل الذي هو قيمة له تحتاج إلى دليل ، وليس بل الدليل على خلافها متحقق ، كما عرفت . مضافاً إلى خبر الحسن بن صالح (١) وغيره المصرح فيه بذلك ﴿ و ﴾ بها يخرج عن ذلك لو سلم افتضاء الفسخ الرجوع إلى مهر المثل ، نعم صرح في النصوص (٢) المزبورة بأن ﴿ له الرجوع به على المدلس ﴾ متحداً كان أو متعدداً ، ولياً شرعياً كان أو غيره ، كما ستعرف تحقيق الحال فيه في فصل التدليس ، وقد أفتى به الأصحاب من غير خلاف يعرف فيه بينهم ، لذلك ولقاعدة الفرور ، فما عساه يقال أو قيل - من إشكاله بأنه إن كان حقاً ثابتاً لها بالدخول فلا رجوع على المدلس - مدفوع بما عرفت .

نعم على الزوج البيئنة لو أنكر الولي مثلاً علمه بالعيب و أمكن في حقه ، فان فقدوها فله عليه اليمين ، فاذا حلف رجع الزوج إلى المرأة ، لأنها الغارة حيث لم يعلم الولي بذلك ، فاذا ادّعت اعلامه حلف أيضاً إن لم يكن لها بيئنة ، ولا تكفى اليمين الأولى ، لأنها ملدع آخر ، فان تكل أو رد اليمين حلفت ، وثبت الرجوع لها بحسب هذه الدعوى ، ويحتمل أن لا تحلف ، لاستلزامه إبطال الحكم بعدم الرجوع بالحكم بالرجوع ، وأن يبني على اليمين المردودة كالاقرار ، فتحلف لسماع إقرار المنكر بعد الانكار والحلف أو كالبينة ، فلا تحلف لعدم سماع البينة بعد حلف المنكر . ولعل الأولى من ذلك القول بأن لها الرجوع لا له كي يتأني الخلاف .

و على كل حال فان لم يكن مدلساً حتى هي بأن لم تعلم المرأة ما بها من العيب لخفاؤه أو لجهلها بكونه عيباً فلا رجوع له بشيء حينئذ ، بلا خلاف أجده فيه ، بل هو ظاهر النصوص (٣) المعللة باستحقاقها المهر باستحلاله فرجها ، بل هو مقتضى

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب والتدليس .

(٣) الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ و ٥ والباب ٣-

منها الحديث ٣ .

مادل على استقرار المهر بالوطء ، فيدفع حينئذ لها تمام المسمى لما عرفت .
 نعم لو كانت هي المدلّسة رجع عليها التدليس ، و في خبر رفاعه (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام « لو أن رجلاً تزوج امرأة أو زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها ، و في صحيح العجلي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جارة له لا يعرف دخيلة أمرها ، فوجدها قد دلّست عيباً هو بها ، قال : يؤخذ المهر منها ، ولا يكون على الذي زوجها شيء » بل ذلك مقتضى غيرهما أيضاً .

كما أن مقتضى الجميع عدم استثناء شيء من المهر لها إذا رجع عليها ، لكن في القواعد : « رجع عليها إلا بما يمكن أن يكون مهرأ » وهو أقل ما يتموّل لئلا يخلو البضع عن العوض ، وعن أبي على إلا بمهر مثلها ، فانه العوض للبضع إذا وطأ لا عن زنا ، ويمكن القول برجوعه أجمع من حيث التدليس ، لاطلاق الأدلة ، وعدم خلو البضع عن العوض حتى في مثل الفرض التي كانت هي السبب في ذلك ممنوع و بذلك ظهر لك أنه لا وجه لما عن التحرير من الرجوع على الولي المحرم مع التحرير وبدونه ، للتفريط بترك الاستعلام .

كما ظهر لك أنه لا فرق في ثبوت الأحكام المزبورة بين كون العيب الذي فسخ به حادثاً قبل العقد و بعده ، بناءً على الخيار به ، لكن في محكي المبسوط « إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى ، لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارئ بعد استقراره ، وإن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل ، لأن الفسخ وإن كان في الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب ، فيصير كأنه وقع مفسوخاً حين حدوث العيب ، بل فيصير كأنه وقع فاسداً ، فيلحقه أحكام الفاسد إن كان قبل الدخول ، فلا مهر ولا نفقة ، وإن كان بعده فلا نفقة

(١) و (٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢-٢ وفي الثاني

للمعدة ، ويجب مهر المثل .

ولا يخفى عليك ضعفه ، إذ فيه - مع منافاته لما سمعته - أن النكاح وقع صحيحاً ، والفسخ وإن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله بل من حين الفسخ ، ولا يزيل الأحكام التي سبقت عليه ، خصوصاً إذا كان العيب حادثاً بعد العقد ، فإن دليله لا يجيء عليه ، ولم أجد أحداً وافقه عليه من أصحابنا ، نعم في شرح الإرشاد لبعض العامة ذلك على وجه يظهر كونه مفروغاً منه عندهم ، وربما توافقه قاعدة الفسخ في الجملة التي أشرنا إليها سابقاً ، لكن هي هنا من الاجتهاد في مقابلة النصوص التي سمعتها ، والله العالم .

﴿ و كذا ﴾ الحكم ﴿ لو فسخت الزوجة قبل الدخول ﴾ بل هي أدلى من الزوج بذلك باعتبار كون الفسخ من قبلها ﴿ فلا مهر ﴾ لها حينئذ بلا خلاف ولا إشكال نصاً (١) وفتوى ﴿ إلا في العنن ﴾ للدليل عليه بخصوصه ، كما نعرفه .

﴿ و لو كان بعده كان لها المسمى ﴾ الذي استقر بالوطء وبما استحل من فرجها بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل حكى بعضهم الإجماع عليه ، فالفسخ لو سلم اقتضاه الرجوع إلى مهر المثل نحو الأقالة والخيار في البيع مع تلف أحد العوضين يجب الخروج عنه بذلك كما عرفته في الزوج ، و لعل تفصيل الشيخ في العيب بين المتجدد بعد الوطء والسابق يأتي هنا بناءً على فسخها بالمتجدد ، فيكون له المسمى به ، ومهر المثل بالسابق ، بل لعل إطلاق كلام الشيخ كذلك وإن حكى بعضهم الإجماع هنا غير مشير إلى خلافه .

﴿ و كذا لو كان ﴾ الفسخ ﴿ بالخصاء بعد الدخول ﴾ فانه ﴿ لها ﴾ أيضاً ﴿ المهر كمالاً ﴾ إن حصل الوطء ﴿ إذ هو مع اندراجها في الأدلة المزبورة دلت عليه المتقدمة المتقدمة (٢) خلافاً للمحكي عن الصدوقين فالنصف . و لعله لما عن الفقه

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث - - .

المنسوب إلى الرضا عليه السلام (١) وإن تزوجها خصي وقد دلس نفسه لها وهي لا تعلم فرق بينهما ، و يوجب ظهره كما دلس نفسه ، و عليه نصف الصداق ، ولا عدة عليها منه ، وربما جمع بينه و بين غيره بحمل ما عداه على صورة الدخول و حمله على ما قبل الدخول للصحيح المروى عن قرب الاسناد (٢) عن « خصي دلس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجب ظهره ، ويفرق بينهما ، وعليه المهر كاملاً إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فعليه نصف المهر » .

وفيه - مع عدم ثبوت نسبة الكتاب المزبور إليه عليه السلام عندنا - أنه مخالف للقولين معاً ، إذ هما بين مثبت للنصف مطلقاً و الجمع بالدخول ، و من هنا كان المتنبه مساواة الخضاء لغيره في الحكم الذي ذكرناه ، وهو لامهر مع عدم الدخول والكل معه .

نعم ظاهر بعض وصريح آخر إلحاق الخلوة بالدخول في وجوب الكل ، وهو بحث آخر يأتي في محله ، أللهم إلا أن يقال : إنا وإن لم نقل بكون الخلوة كالدخول في ذلك مطلقاً لكنها كذلك في المقام لظهور النص والفتوى ، وفيه منع ، ضرورة ظهور لفظ « الدخول » في المتن وغيره في الوطاء ، بل كاد يكون صريح قرب الاسناد (٣) وبه يقيد خبر سماعة (٤) كما أنه يعلم المراد من الدخول عليها في صحيح ابن مسكان (٥) المتقدمين آنفاً ، و احتمال العكس يدفعه رجحان الأثر بانسياقه وغيره عليه ، والله العالم . وعلى كل حال فقد ظهر لك الكلام في جميع صور المسألة .

كما أنه ظهر لك أيضاً عدم سقوط الخيار في الزوج والزوجة بالدخول قبل العلم بالعيب السابق الذي لم أجده فيه خلافاً ، بل يمكن تحصيل الاجماع ، للأصل

(١) المستدرک الباب - ١٢ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥ .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٥ - ٢ - ٣ .

و صحيح أبي عبيدة (١) وخبرى الحسن بن صالح (٢) والكنائى (٣) المتقدمة سابقاً وغيرها، نعم في الأخيرين منها « إن علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضى بها » وعليه حينئذ ينزل إطلاق مادل (٤) على سقوط الخيار بالدخول، كما أن منه يعلم الحال في الزوجة بالنسبة إلى سقوط خيارها بعد العلم والرضا بمواقعتها، إذ الظاهر عدم الفرق بينهما في ذلك .

و كذا منها يستفاد عدم الخيار فيهما أيضاً مع العلم بالعيب قبل العقد الذي لم أجد فيه خلافاً بيننا أيضاً، لذلك وللأصل، واشتراطه بالتدليس في صحيح أبي عبيدة (٥) و صحيح ابن مسلم (٦) بل مورد أكثر النصوص الجاهل فما عن الشافعى - من ثبوته للعالم لا طلاق بعض النصوص المراد منه حال الجهل قطعاً و لو بقرينة ما عرفت - واضح الفساد .

إنما الكلام في المراد من قوله عليه السلام : « فقد رضى » هل هو السقوط بذلك تعبداً بمعنى أن هذا الفعل يكون منه بحكم الرضا بالنسبة إلى اللزوم مطلقاً أو ما لم يعلم منه عدم كون ذلك منه عن رضا بالفعل سقط الخيار أيضاً أو أن السقوط به من حيث دلالاته على الرضا، فلا يسقط الخيار مع فرض عدمها بقرينة ونحوها، بل له حينئذ التصريح ببقاء خيار العيب على مقتضاه مع العقد أو الوطء مالم ينأى الفورية لجهل بها وغيره، وليس هو من اشتراط الخيار في النكاح، وعلى التقديرين الأولين فهل يقتصر في ذلك على الوطء أو يلحق به كل فعل يقع منه على مقتضى الزوجية، كاللمس والنقبيل والتفخيذ ونحو ذلك؟ وجهان : أقواهما الثانى، كما أنه الأقوى في الثلاثة السابقة فتأمل جيداً، فالى لم أجد ذلك محرراً في كلامهم، وقد تقدم

(١) الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٣-٣ .

(٤) (٥) الوسائل الباب ١- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٤ و الباب ٣-

منها الحديث ٢ .

(٦) (٦٥٥) الوسائل الباب ٢- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١-٧ .

لنا في البيع عند البحث عن سقوط الخيار بالتصرف ما يشبه هذا الكلام ، فلاحظ وتأمل .

و لو رضى ببرص مثلاً ثم اتسع بعده في ذلك العضو ففي الخيار وعدمه وجهان أقواهما عدم ، كما عن التحرير و الجامع ، لأن الرضا بالشئ رضا بما يتولد منه ، ولا أنه عيب واحد وقد حصل الرضا به ، خلافاً للفاضل في القواعد فله الخيار ، لأنها عيب لم يحصل الرضا به ، نعم لو حصل البرص في غير ذلك العضو اتجه ثبوت الخيار فيه ، لظهور المغايرة حينئذ مع أن المحكمي عن المبسوط التوقف منه ، لأن اتفاق الجنس يوجب الرضا بفرد منه الرضا بغيره ، أما مع اختلاف الجنس فلا إشكال في ثبوت الخيار ، والله العالم .

المسألة السابعة ﴿﴾

العيب جلبي أو خفي ، فالجلبي قطع المنازعة فيه سهل ، و أما الخفي فلا شك في وجوب البيئته على مدعيه ، كما أن على تافيه اليمين ، بل يعتبر في الشاهدين مع العدالة العلم بذلك العيب ، ككونهما طبيبين عارفين يقطعان بوجوده إن كان مما يمكن علم الغير به كالبرص والجذام الخفين ، وإن كان لا يعلمه غالباً إلا صاحبه كالعنن لم تسمع البيئته .

• إذا ذكر غير واحد من الأصحاب بل لم أجد فيه خلافاً منهم أنه ﴿ لا يثبت العنن إلا باقرار الزوج أو البيئته باقراره ﴾ أو اليمين الرددة ﴿ أو نكوله ﴾ بناءً على القضاء به وإن لم يرد اليمين .

• و ﴿ حينئذ ﴾ لمولم يكن ذلك و ادّعت عنه فأذكر فالقول قوله مع بيئته لأن الأصل السلامة أو لأنه يترك لو ترك ، ولما تسمعه من الصحيح (١)

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

الأنثى، ولا تسمع منها البيئنة على العنن نفسه، لكونه لا يعلم إلا من قبله، ضرورة كونه أعم من العجز عن وطء امرأة بخصوصها، بل أشكل في المسالك ثبوته باليمين المردودة بناءً على أنها كالبيئنة بكونها حينئذٍ كالبيئنة منها، والفرض عدم سماعها منه فكذا ما قام قيامها، وإنما تسمع البيئنة باقراره وهي لم تدع إقراره بذلك كي ينزل يمينها المردودة منزلته، وإنما ادعت العيب فينزل يمينها منزلة البيئنة عليه، وإن كان قد يدفع بأن المراد كونها بحكم البيئنة المسموعة في إثبات الحق، لا أن المراد بحكم البيئنة حينئذٍ في السماع ودعمه، نعم قد يشكل أصل الحكم بأن قبول يمينها يقتضي إمكان اطلاع الغير عليه لامن جهة الافراد، فيتجبه سماع البيئنة عليه.

اللهم إلا أن يفرق بين الزوجة وغيرها بإمكان اطلاعها عليه بدور الأيام وتكرر الأحوال وتعاضد القرائن بخلاف غيرها، وهو كما نرى، ضرورة إمكان تعاضد القرائن للغير أيضاً خصوصاً مع الاختبار مع ذلك بالعلامات المذكورة عند الأطباء، ﴿و﴾ وردت بها بعض النصوص (١).

بل ﴿قيل﴾ والقائل ابنا بابويه وابن حمزة: إنه ﴿يقام في الماء البارد فان تقلص﴾ أي تشنج ﴿حكم بقوله﴾، وإن بقي مسترخياً حكم لها ﴿بل عن الفقيه روايته (٢) عن الصادق عليه السلام وفقه الرضا عليه السلام (٣) و ظاهرهم الحكم بها وإن لم تغد القطع بذلك ﴿و﴾ إن كان هذا القول ﴿ليس بشيء﴾ عند المتأخرين، لعدم الوثوق بالانضباط، وعدم الوقوف على مستند صالح لارسال الخبر، نعم هو قول الأطباء، وكلامهم يثمر الظن الغالب بالصحة إلا أنه ليس طريقاً شرعياً، لكن الفرض أن هذه الامارة المعروفة عند الأطباء وردت بها الرواية إذا انضمت أيضاً إلى ما في المرسل (٤) من «أنه يطعم السمك الطرى ثلاثة أيام ثم يقال له: بل على

(٢٥١) الوسائل الباب -١٥- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٣ .

(٣) المستدرک الباب -١٤- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب -١٥- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٥ .

الرماد ، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعنين ، وإن لم يثقب بوله الرماد فهو عنين ، بل ظاهر الفقيه العمل به أيضاً لروايته له فيه ، وإلى غير ذلك من القرائن ، والأمارات قد تفيد القطع كما استفادته الزوجة حتى قبل منها اليمين ، مع أن العجز عنها لا يقتضي العنن ، فدعوى إمكانه منها دون غيرها - على وجه ترد البيئته العادلة لو شهدت به لعدم إمكان العلم لها فهي حينئذ مشتبهة في الظن بالقطع - كما ترى .

ولعله لذا قبل بعض العامة البيئته عليه ، وهو قوي جداً ، بل هو الوجه فيما سمعته من الخبرين السابقين على معنى إمكان حصول القطع بما فيهما بعد فرض غيرهما من الأمارات ، بل لعل ذلك مراد بني بابويه وحمزة ، لا أن المراد الحكم بذلك وإن لم يحصل القطع منهما ، فلا خلاف حينئذ في المسألة ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ ولو ثبت العنن ﴾ باقراره وغيره ورفعت أمرها إلى الحاكم وأجله سنة على ما ستعرف ﴿ ثم ادعى الوطء فالقول قوله ﴾ أيضاً ﴿ مع يمينه ﴾ على الأشهر ، كدعوى عدم العنن أصلاً ، لأنه لا يعلم أيضاً إلا من قبله ، ويتعذر أو يتعسر إقامة البيئته عليه فيقبل قوله ، كدعوى المرأة انقضاء العدة بالأقراء ، ولعدم ثبوت العنن قبل معنى سنة التأجيل ، وإنما الثابت قبلها العجز الذي يمكن معه العنة وعدمها ، ولذا أجل سنة لتتأمل على الوطء أم لا ؟ فإن قدر فلا عنة وإلا ثبت ، فيرجع حينئذ دعواه إلى إنكارها ، كالأول الذي قد عرفت عدم الخلاف والاشكال في ثبوت قوله فيه ، واستصحاب العجز الثابت سابقاً لا يصلح لاثبات العنن بناءً على اعتبار العجز سنة فيه ، ضرورة عدم كون ذلك مما يثبت بالاستصحاب ، بل هو بالنسبة إليه من الأصول المثبتة التي ليست بحجة ، ولأنه - بموافقه لأصالة اللزوم ، ويترك لو ترك - يكون منكراً ، فيقبل قوله حينئذ بيمينه ، ولاطلاق صحيح أبي حمزة (١) « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها ، فإن القول في ذلك قول الرجل ،

وعليه أن يحلف بأنه لقد جامعها ، لأنها المدعية ، قال : فان تزوجها و هي بكر
فزعمت أنه لم يصل إليها ، فان مثل هذا يعرفه النساء ، فلينظر إليها من يوثق به
منهن ، فاذا ذكرت أنها عذراء فعلى الامام أن يؤجله سنة ، فان وصل إليها وإلا
فرّق بينهما ، وأعطيت نصف المهر ، ولا عدة عليها ، وفي المحكي عن فقه الرضا
عليه السلام (١) « و إذا ادّعت أنه لا يجامعها عنيماً أو غير عنين ، فيقول الرجل :
إني قد جامعتها فعليه اليمين وعليها البيّنة ، لأنها المدعية » .

أما ما في المسالك - من إشكال الاستدلال بالصحيح بأن محل البحث ما
إذا ثبت عنّه ومورد الرواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك ، وقبول قوله
هنا واضح ، كما مر في المسألة الأولى ، لأنها المدعية وهو المنكر ، لموافقة قوله
أصل السلامة بخلاف موضع النزاع ، لتحقق العيب ، فهو فيه المدعى ، لزوال ما كان
قد ثبت - يدفعه ظهور الصحيح في أن مورد الخلاف بينهما في الوطء وعدمه شامل
باطلافه محل النزاع ، وقد جعلها المدعية فيه مع موافقة قولها لأصالة عدم وطئها
ومخالفة قوله لذلك ، وما هو إلا لأنها تريد بذلك إثبات التسلط على الفسخ الشامل
للصورتين .

ولعله لذلك ﴿ و ﴾ غيره مما سمعته لم أجد أحداً قال بتقديم قولها عليه
بيمينها . نعم ﴿ قيل ﴾ والقائل الصدوق في المقنع والشيخ في الخلاف و جماعة :
﴿ إن ادّعى الوطء قبلاً وكانت بكراً نظر إليها النساء ، وإن كانت ثيباً حشى
قبلها خلوقاً فان ظهر على العضو صدق ﴾ بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرقة
وأخبارها عليه ، ولعلها للصحيح (٢) المزبور في البكر ولخبر عبدالله بن الفضل (٣)
عن بعض مشيخته قالت امرأة لأبي عبدالله عليه السلام أو سأله رجل « عن رجل تدّعى عليه
امرأته أنه عنين وينكر الرجل ، قال : تحشوها القابلة بالخلوق ولم يعلم الرجل ،

(١) المستدرک الباب - ١٣ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ .

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ - ٢ .

ويدخل عليها الرجل، فان خرج وعلى ذكره الخلق صدق وكذب، وإلا صدقت وكذب، وخبر غياث بن إبراهيم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أدعت امرأة على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها، وادعى أنه يجامعها، فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستنفر بالزعران ثم يغسل ذكره، فان خرج الماء أصفر صدقه، وإلا أمره بطلاقها»، لكنه كما ترى ليست في العنن بعد ثبوته، بل العبارة المحكية عن الخلاف كذلك أيضاً، فينبغي أن يجعل قولاً في المسألة السابقة، مضافاً إلى القول بوضعه في الماء، اللهم إلا أن يقال بعد فرض اعتبار ذلك شرعاً: لافرق فيه بين الحالين، نعم ينبغي الاطمئنان بعدم احتيال الزوج في وضع الخلق، كأن يكون غير عالم أو يشد يده كما أوماً إليه في الخبر (٢).

وينبغي أن يكون محل ذلك النزاع في الوطء فعلاً وعدمه، إلا أن المصنف وغيره أطلق تقديم قوله بيمينه في الصورتين على كل حال، من غير فرق بين البكر والثيب، بل قال بعد حكايته القول المذكور: ﴿وهو شاذ﴾ ولعله لما عرفت من أنه منكر بالتقرير الذي سمعته، ولقد شرائط الحجية في الخبرين، ولأن عدم الوطء في القبل على تقدير ثبوت البكارة لا يستلزم العنن، لا مكان وطئه غيرها، وكذا الكلام في ذات الخلق، و ثبوت كذبه فيما ادعاه لا يثبت العنن، ومن هنا لم يأمرها عليه السلام بالفسخ عنه، بل أمره بطلاقها.

لكن قد يناقش بصحة الخبر المشتمل على البكر، ودعوى الشيخ الاجماع على مضمون الخبرين السابقين، فلا يبعد القول بهما بعد ثبوت العنن ولو باقراره ودعواه ارتفاعه بالسبب الخاص الذي يمكن تبين صدقه من كذبه فيه بالطريق المزبور فيختبر حينئذ ويحكم به.

بل قد يقال: بصحة الاختبار المزبور قبل ثبوت العنن أيضاً في إثباته، ثم يحكم بالأجل له بناءً على الاكتفاء فيه بالمعز عن خصوص المدعية، مع عدم العلم بإمكانه وطئه غيرها، فمع فرض تبين كذبه في دعواه وطئه يضر به الأجل

﴿ و ﴾ يختبر فيها حينئذ بالطريق المزبور مع فرض دعواه عدم العنن بوطئها فعلاً .

نعم ﴿ لو ادعى أنه وطأ غيرها أو وطأها دبراً كان القول ﴾ حينئذ ﴿ قوله مع يمينه و ﴾ يحكم له ، كما أنه ﴿ يحكم عليه إن نكل ، وقيل : بل يرد اليمين عليها ، و هو ﴾ أي الحكم المردود في المسألة ﴿ مبني على القضاء بالنكول ﴾ أو باليمين من المدعي ، وسيأتي إنشاء الله تحريره في كتاب القضاء ، نعم قيل : إنه على تقدير توقف القضاء على اليمين برده أو مع نكوله إنما يتم لو كان النزاع في وطئها دبراً مثلاً ، لا مكان حلفها حينئذ ، أما لو كانت وطأ غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقاً لأنه حلف على نفي فعل الغير على وجه لا ينحصر ، وفيه أنه يمكن فرضها العلم بكذبه بحصر دعواه الوطء في وقت مخصوص مثلاً وكان في ذلك الوقت حاضراً معها ، أو بغير ذلك .

هذا وقد يقال أيضاً بالاختبار بالطريق المزبور أيضاً مع فرض إمكانه وكون الدعوى على وجه يتميز صدقها وكذبها به ، وعدم ذكره نصاً وقتوى لتعسر إمكانه غالباً في غير المدعية .

و بالجملة يكون المحصل من النصوص أجمع أنه إن أمكن معرفة صحة الدعوى وفسادها بطريق من الطرق على وجه يحصل العلم بذلك فعل ، وإلا كان المرجع إلى قاعدة المدعى والمنكر ، وأنها هي المدعية وهو المنكر كما عرفت ، والله العالم .

المسألة (الثامنة) :

﴿ إذا ثبت العنن ﴾ بأحد الوجوه السابقة ﴿ فإن صبرت ﴾ عاملة بالموضوع والحكم راضية ﴿ فلا كلام ﴾ كما لا خلاف في عدم الخيار لها بعد ذلك إذا أرادته ، بل لعل الإجماع بقسميه عليه ، و لأنه حق متحد يسقط بالاسقاط ، و للمرسل في الفقيه (١) دعتى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنه عنين ورضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا ، وبذلك افرقت عن المطالبة في الإيلاء التي لا تسقط بالاسقاط ، لتجدد الحق في كل وقت ، بل الظاهر سقوط هذا الخيار بالاسقاط ولو في أثناء السنة لعدم الفرق بين ما قبلها و بعدها وأثنائها ، بل لو لم تعلم بعننه فأسقطت خيارها على تقدير عننه فالظاهر السقوط على نحو إسقاط خيار العيب في البيع قبل العلم بثبوته بالاخلاف أجده في شيء من ذلك ، نعم عن العامة وجه بعدم اللزوم في الاختيار في الاثناء بناءً على أن لا خيار لها إلا بعد الأجل ، فلا عبرة باختيارها الملقاق كما لا عبرة بفسخها ، وضعفه ظاهر .

إنما الكلام في اقتضاء نفس الصبر عن المرافعة ذلك ، كما هو الظاهر من الشيخ وجماعة ، بل صرح بعضهم بفورية المرافعة كفورية الفسخ ، إلا أنه مع وجوب تقييده بعدم العذر لها في ذلك لجهل و نحوه قد يناقش بأعمية الصبر من ذلك ، خصوصاً مع التصريح منها بعدم كون ذلك عن رضا به ، و بعدم الدليل على وجوب الفور في المرافعة على وجه يقتضي سقوط خيارها بعد ذلك ، حتى لو صرحت بعدم كون ذلك عن رضا منها ، خصوصاً مع وضوح الفرق بينها وبين الخيار بأن مشروعيته على الفور على وجه لو تواطئاً على التراخي لم يكن لهما بخلاف المرافعة ، اللهم إلا أن تدفع بمنافاة التراخي في المرافعة لفورية الخيار وللأمر بالتربص سنة الذي

قد يجمع بينه وبين الخبر الآخر (١) المصرح فيه بكون المبدء يوم المرافعة بأن المراد سنة من حين العنن بأمر الحاكم ، وذلك لا يكون إلا مع الفور برفع الحال إليه وإلا تأخر الخيار عن زمانه .

﴿ وكيف كان فـ﴾ ان ﴿ لم يصبر بل ﴾ رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين المرافعة ، فان واقمها أو واقع غيرها فلا خيار ﴿ لعدم العنن حينئذ بناءً على ما عرفته سابقاً في بيان موضوعه ، خلافاً للمفيد فاكتفى بالعجز عنها ، وقد عرفت ضعفه فيما تقدم ، ﴿ وإلا كان لها الفسخ ﴾ من غير فرق بين العنن السابق على العقد والحادث بعده ، بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل عن جماعة الاجماع عليه ، وهو الحجة مضافاً إلى صحيح أبي حمزة (٢) السابق ، وصحيح محمد بن مسلم (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « العنين يتربص به سنة ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت » وخبر البخاري (٤) عنه أيضاً عن أبيه عليه السلام : « إن علياً عليه السلام كان يقول : يؤخر العنين سنة من يوم مرافعة امرأته ، فان خلص إليها وإلا فرق بينهما ، فان رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها » وخبر الكناي (٥) قال : « إذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه » إلى غير ذلك من النصوص المؤيدة بالاعتبار ، لأن العجز قديكون لحر فتربص به إلى الشتاء ، أو برد فتربص به إلى الصيف ، أو رطوبة فيتربص به إلى الخريف ، أو يبوسة فتربص به إلى الربيع ، فما عن أبي على من قصر التأجيل على الحادث بعد العقد دون السابق ، فيجوز لها الفسخ فيه في الحال ، لقول الصادق عليه السلام في خبر غياث (٦) « إذا علم أنه عنين لا يأنى النساء فرق بينهما » وخبر أبي الصباح (٧) « سأله عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً انفارقه ؟

(١) الوسائل الباب ١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٩- ١٢ .

(٢) الوسائل الباب ١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٥-٩ .

(٤) الوسائل الباب ١٤- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٧-٢-٦ .

قال : إن شاءت « وهما مع الضعف مطلقان لا بد من حملهما على التفصيل في الأخبار الأول ، بل في المختلف « أن العلم بمنته إما يحصل بالتأجيل سنة » .

هذا و من المعلوم سقوط حكم العنة بتغيب الحشفة في الفرج بحيث يشتمل عليها شفرها اتفاقاً ، فانه أقل وطء معتبر شرعاً مستوجب لسائر أحكامه ، نعم لولم يشتمل عليها الشفران بأن انقلابا ففي الاعتبار وجهان للشافعية : أظهرهما الاعتبار لحصول إلتقاء الختائين ، فان المشهور في معناه التحاذي ، ولتحقق الایلاج الذي لا يقدر عليه العنين ، وكون الشفرين بمنزلة ما يلف على الذكر من خرقه وبحوها .

و لو كان مقطوع الحشفة فالظاهر اعتبار قدرها ، وربما احتمل اعتبار دخول المجموع لأنه مع وجود الحشفة يكون للطء المعتبر حد يرجع إليه ، ولا كذلك مع القطع ، فلا يقطع بحصول المعتبر منه إلا بتغيب الجميع ، وعن التحرير التردد.

﴿ و ﴾ على كل حال فلها أيضاً بعد الفسخ ﴿ نصف المهر ﴾ بخلاف معتد به أيضاً ، بل للمصحيح أبي حمزة (١) السابق المعتقد بالعمل وبما عن فقه الرضا عليه السلام (٢) الذي يجب به الخروج عن مقتضى قاعدة الفسخ ، خلافاً لأبي على أيضاً ، فالجميع إذا خلا بها وإن لم يدخل ، بناءً منه على إلحاق الخلوة بالدخول بالنسبة إلى قرار المهر ، وستسمع الكلام فيه في محله إنشاء الله بل لو سلم كان المتجه هنا القول بالنصف ، للمصحيح المزبور المعتقد بما عرفت الذي لا يعارضه المروى عن قرب الاسناد (٣) « عن عنين دكس نفسه لامرأة ما حاله ؟ قال : عليه المهر ، ويفرق بينهما إذا علم أنه لا يأتي النساء » بعد قصور سنده والاعراض عنه ، مع أنه خال عن التقييد بالخلوة .

(١) الوسائل الباب -١٥- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) المستدرک الباب -١٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ٤ .

(٣) الوسائل الباب -١٣- من أبواب العيوب والتدليس الحديث ١٣ .

قضية :

يثبت غير العنن من العيوب باقرار صاحبه ، واليمين المردودة ، والشكول على قول ، و شهادة عدلين ، وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة أربع من النساء عادلات ، لصحيح داود بن سرحان (١) السابق وغيره .

و لو كان لكل من الرجل و المرأة عيب موجب للخيار يثبت لكل منهما ، لاطلاق الأدلة ، حتى في الرق الممتنع إزالته مع الجب ، وإن كان لا يخلو من إشكال باعتبار ظهور النص في أن العلة في ذلك تفتر أحدهما بعدم التمكن من الوطء ، وهنا لا ضرر لاشتراكهما .

و لو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق : ولا فسخ له هنا لعدم الزوجية ، بل وكذا بعده حتى في الرجعية ، لذلك أيضاً مع احتمالها فيها ، لبقاء العلقه ، فيفيد حينئذ تعجيل البيئونه ، وحل الخامسة ، والأخت ، وانقطاع الارث ، ونفقة العدة ، وليس له الرجعة ثم الفسخ بالعيب ، لكونها بعد العلم به رضاً به ، نعم لو لم يعلم إلا بعد الرجعة كان له الفسخ بالإشكال .

وهل يثبت للأولياء الخيار إذا ظهر لهم العيب ؟ الوجه ذلك ، كما في القواعد مع مصلحة المولى عليه ، زوجاً كان أو زوجة ، للعموم المقتصر على خروج الطلاق منه نصاً وإجماعاً ، وحينئذ فاذا اختار الامضاء لم يكن للمولى عليه بعد كماله فسخ ، لكن في القواعد لم يسقط خياره ، وكأنه مناف لاثباته للمولى ، نعم قد يحتمل عدم الخيار للمولى كما سمعته سابقاً في نظائر المقام ، لأنه منوط بالشهرة ، فهو كالطلاق ، بل لعله المشهور في غير المقام ، لكن سمعت المناقشة فيه هنا ، والله العالم .

﴿المقصد الثالث في التدليس : ﴾

وهو تفعيل من المدالسة بمعنى المخادعة ، و الدلس محرّكاً الظلمة ، فكأن المدلس لما دلس و خدع أظلم الأمر على المخدوع ، ذكره في كتاب البيع ، و أثبتوا به الخيار إن فعل ما يظهر به ضد الواقع ، كتحمير وجه الجارية و وصل الشعر ، و النصرية للشاة و نحو ذلك ، ولعل ذلك هو المنساق منه ، إلا أن الذي يظهر من نصوص (١) المقام بل هو صريح جماعة من الأصحاب بتحقيقه هنا بالسكوت عن العيب مع العلم به ، فضلاً عن الإخبار بضده : من السلامة و بوصف الحرية و نحوها واشتراط البكارة على حسب ما استعرفه ، و كأن المنشأ في ذلك أدلة المقام .

و منه يعلم بآفيه من الاشكال به في القواعد ، قال فيها : « و يتحقق بإخبار الزوجة أو وليها أو ولي الزوج أو السفير بينهما على إشكال بالصحة أو الكمالية عقيب الاستعلام أو بدونه ، وهل يتحقق لو تزوجت نفسها أو زوجها الولي مطلقاً ؟ إشكال ، ولا يتحقق بالأخبار لا للتزويج أو له لغير الزوج » بل في كشف اللثام بعد أن ذكر وجه الاشكال من عدم الأخبار ، ومن اصراف الإطلاق إلى السالم الكامل ، وإطلاق قوله عليه السلام في خبر رفاة (٢) « وإن المهر على الذي زوجها ، وإنما صار عليه المهر لأنه دلسها » قال : « و هو عندي ضعيف مخالف للأصول ، خصوصاً في الكمال ، ولا سيما بالنسب و نحوه ، ولو فرق بين ما يعلم عادة عدم الرغبة في النكاح معه من عيب أو نقص مطلقاً أو بالنظر إلى حال الزوج وخلافه كان حسناً ، ومثله الكلام لو تزوج نفسه أو زوجها الولي مطلقاً » .

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١٤٥٦ والباب ٢-

منها الحديث ٧ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ٢ .

قلت: لا إشكال في عدم التدليس بالسكوت عن صفة الكمال ، كما لا إشكال في تحقق حكمه بالسكوت عن العيب من العالم به ، هي أو وليتها ، وليس الدليل منه حصراً في خبر رفاة الذي وصفه بالضعف والمخالفة للأصول .

بل يشعر به صحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام في الرجل الذي يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له ، قال : لا ترد إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ، قلت : أرايت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها ، ويفرم وليتها الذي أنكحها مثل ماساق إليها ، ضرورة ظهورهما في تحقق التدليس الذي يرجع به على الولي بعدم بيان مثل هذه العيوب ، ونحوه صحيح محمد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام . وإطلاق مرسل ابن بكير (٣) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بها الجنون والبرص وشبه ذلك ، قال : هو ضامن للمهر .

وما يشعر به صحيح الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وكلته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جارة له لا يعرف دخيلة أمرها فوجدتها قد دكست عيباً هو بها ، قال : يؤخذ المهر منها ، ولا يكون على الذي زوجها شيء .

وخبر محمد بن مسلم (٥) عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال : « في كتاب علي عليه السلام من زوج امرأة فيها عيب دكسه ولم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها ، و يكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها ولم يبين ، إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك ، كصحيح الحذاء (٦) وصحيح داود بن سرحان (٧)

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦

وذيله في الباب - ٢ - منها الحديث ٥ .

(٢) أشار إليه في الوسائل في الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٦

و في الباب - ٢ - منها الحديث ٥ وذكره في الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ الرقم ١٢٩٧ .

(٣) ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٣

- ٣ - ١ - ٧ - ٦ - وفي الثاني د ... أو جادلها ... ، ،

وخبر غياث بن إبراهيم (١) وغيرها .

بل هو أيضاً ظاهر المحكي عن مبسوط الشيخ وابن الجنيد ، وصريح المحكي عن التحرير ، بل صرح به أيضاً ثانی الشهيدين والمحققين ، بل في موضع من جامع المقاصد أنه المفهوم من كلام الفقهاء والنصوص عن أئمة الهدى صلوات الله عليهم أجمعين ، فلا إشكال حينئذ في تحققه في ذلك هنا .

كما لا إشكال في اعتبار الاشتراط أو الوصف بالنسبة إلى صفات الكمال ، كما نسمع ماورد فيها من النصوص (٢) .

وأما إشكاله في السفير ففي جامع المقاصد « إن أراد به المتولي للعقد بين الزوجين لم يكن للإشكال فيه وجه ، لأن النص وكلام الأصحاب صريحان في أن العاقد على ذات العيب ينغم مهرها إلا إذا لم يكن عالماً بحالها ، فالغرم عليها ، وإن أراد به الرسول بينهما والمتولي للعقد غيره فالغرم على العاقد لا عليه ، نعم يجيء الإشكال فيما إذا كان العاقد بعيداً عن العلم بأحوال الزوجة والواسطة عالماً بحالها ، لأنه حينئذ غار يتغمر وظاهر النص ينفي الغرم عنه لتعليقه بالمنكح ، ومثله ما لو أخبر السفير الولي بأنه أعلم الزوج بالعيب مثلاً وكان كاذباً ، فإن الإشكال في تغريمه من حيث إنه غار ، ومن حيث إن الولي مفرط في الركون إلى خبره ، هذا حكم العيب ، وأما حكم النقص فإن الغرم على وصف المرأة بالحريّة فظهرت أمة ، وعلى من شرط البكارة فظهرت ضدّها ، ولا تفاوت بين كونه ولياً وأجنبياً .

ولا يخفى عليك هنا في كلامه من التشويش الذي لم يرجع إلى محصل ، والذي يظهر من نصوص (٣) المقام أن المدلس الذي يرجع عليه بالمهر هو المتولي شرعاً لأمر المرأة ، أو عرفاً ولو بتوليته هي أمرها إذا كان عالماً بعيبها عارفاً بدخيلة أمرها ، ولا مدخلية للأجنبي المباشر للفظ العقد ، والانكاح الموجود في

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١٤ .

(٢) الوسائل الباب ٨- و ١٠- من أبواب الميوب والتدليس .

(٣) الوسائل الباب ٢- من أبواب الميوب والتدليس .

النص (١) لا يراد منه مباشرة العقد ، بل المراد منه من يسند اليه التزويج على وجه إسناده إلى الأولياء العرفيين الذي يكون العقد عليها حد ما وقع بأمرهم من مقدمات النكاح ، وهو الذي يراد منه الاعلام بالأمر وإظهار الحال للزوج ، كما أنه هو الذي يسند اليه التفريط بترك الاخبار ، بل الظاهر اختصاصه بالغرامة وإن كان قد شاركته المرأة بعد إعلام الزوج إلا أنه حيث كان المتولي الذي يراد منه الاخبار بنحو ذلك اختص بالغرامة دونها ، بل ربما كان القول قولها بيمينها لو أنكر العلم بالعيب الظاهر فيها الذي يبعد خفاؤه على مثله ، كما صرح به في جامع المقاصد في مقام آخر بعد أن ذكر ما لا يخلو من تشويش أيضاً فيما يصير الشخص مدلساً ، قال : « ويناسب الحال أن يراد بالولي هنا المتولي لأمرها وإن كان وكيلاً بحيث يكون تزويجها مستنداً إليه ، سواء باشر العقد أم لا ، والأخبار لا تدل على أمر غير ذلك ، والدليل لا ينهض إلا عليه ، لأن التدليس منوط بالباعثية » وكأنه أراد ما ذكرنا ، إلا أنه ينبغي أن يعلم أن ذلك من خواص المقام ، ضرورة عدم جريان مثله في التدليس بالبيع .

كما أنه ينبغي أن يعلم أنه قد ظهر لك مما ذكرنا مجامعة العيب للتدليس وانفراد كل منهما عن الآخر ، فقد يكون عيباً من غير تدليس كما لو كان خفياً على الزوجة ووليها ، وما في جامع المقاصد من التوقف في ذلك في غير محله ، وتدليس من غير عيب ، كمسائل هذا الفصل المشتملة على فقد صفات الكمال ، وتدليس وعيب ، كما لو دلس بالعيب ، وهو الذي تقدم في الفصل السابق ، إلا أنه لا حكم له زائداً على خيار العيب إلا في الرجوع بالمهر الذي قد عرفت الكلام فيه ، وأما احتمال إثبات الخيار من جهته فهو واضح الفساد ، ضرورة ظهور النص والفتوى في اتحاد جهة الخيار بالتدليس بالعيب الذي قد عرفت أنه يتحقق بمجرد السكوت عن الاخبار بالعيب مع العلم به الذي لا يصح فيه إسقاط الخيار من جهة العيب

و بقاءه من جهة الكتمان ، بل النصوص صريحة في فساد ، كما هو واضح .
 ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ فيه ﴾ أى هذا المقصد ﴿ مسائل ﴾ :

﴿ الاولى ﴾

﴿ إذا تزوج ﴾ الحر أو العبد ﴿ امرأة ﴾ معينة ﴿ على ﴾ شرط ﴿ أنها ﴾ حرة فبانت أمة ﴿ كلاً ﴾ أو بعضاً صح العقد مع إذن السيد أو إجازته وكون العاقد ممن يجوز له نكاح الأمة ، لا طلاق الأدلة ، والاجماع المحكي عن السرائر ، نعم ﴿ كان له الفسخ ولو دخل ﴾ قيل : لأن فائدة الشرط قلب العقد اللازم جائزاً ، بل لا يسقط الخيار الحاصل منه بالتصرف كما عرفت في محله .

وفيه أن الأولى الاستدلال بظاهر النص (١) والفتوى بتحقيق الخيار بالتدليس بنحو ذلك ، لا للشرط المزبور ، وإلا لكان مقتضاه ثبوت الخيار بتعذر كل شرط في عقد النكاح ، أو بالامتناع من الوفاء به على نحو ما سمعته في البيع ، واحتمال الالتزام بذلك ينافيه اقتصارهم في خيار النكاح على العيوب المخصوصة ، والتدليس بالأمور المذكورة ، بل تصریحهم بعدم قبول النكاح لاشتراط الخيار .

﴿ و ﴾ على كل حال فما ﴿ قيل ﴾ - والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه وخلافه : ﴿ العقد باطل ﴾ لقاعدة لزوم الوفاء بالشرط المتعذر هنا ، بل هو مشخص للمعقود عليها ، فمع انتفائه يكون الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع - كما ترى ، إذ فيه أن لزوم الوفاء به لا يقتضي بطلان العقد بتعذره ، خصوصاً مع كونه حقاً المشروط له ، فله إسقاطه ورفع اليد عنه ، وتشخيصه للعقد لا يزيد على تشخيص الوصف الذي قد عرفت في محله تسلط الخيار لانتفائه ، لا فساد العقد .

﴿ و ﴾ حينئذ فلا ريب في أن ﴿ الأول أظهر ﴾ منه ، بل هو واضح الضعف ، بل لو لم يكن ذلك باذن المولى كان صحيحاً أيضاً موقوفاً على الإجازة ، لما عرفته

في محله ، نعم لو لم يكن العاقد ممن يجوز له نكاح الأمة كان فاسداً ، اللهم إلا أن يريد الشيخ ذلك أو الأول مع التجوز في البطلان أو أن مذهبه ذلك في نكاح الأمة من دون إذن سيدها ، لما تقدم في محله ، و خصوص خبر الوليد بن صبيح (١) عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلت نفسها ، قال : إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد ، قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال : إن وجد مما أعطاه شيئاً فليأخذه ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، و إن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليتها بما أخذت منه ، ولو أليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرأ ، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، قال : و تعتد منه عدة الأمة ، قلت : فإن جاءت منه بولد ، قال : أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالي ، لكن الظاهر إرادته الفساد مع عدم إجازة الموالي ، ولا ريب في الفساد حينئذ ، و هو واضح كوضوح الحال في لزوم العقد على الصحة مع رضا السيد والزوج بعد العلم بالحال .

﴿ و ﴾ أنه لا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول ﴿ لها تقدّم من أن مقتضاه ردّ كل عوض إلى صاحبه ، بل ﴾ و ﴿ لا في أن ﴾ لها المهر ﴿ تماماً ﴾ بعده ﴿ لما تقدم من قراره بالدخول ، وقد فرض كون العقد صحيحاً ، ومقتضى صحته لزوم ما تضمنه من المسمى ، ولا يعارضه أن يقتضى الفسخ رجوع المسمى إلى مالكه وغرامة مهر المثل عوض ما استوفاه من منفعة البضع ، لما عرفت من أن الفسخ و إن اقتضى ذلك لكن في خصوص المقام و نظائره لا يقتضى سوى فسخ العقد و ردّ البضع إلى أهله ، لا أدلة الدالة على قرار المهر بالدخول و إن فسخ بعده ، كما عرفته فيما سبق و تعرفه فيما يأتي ، فما عن ابن الجنيّد هنا أيضاً من وجوب مهر المثل واضح الضعف ، كما عرفته فيما تقدم .

﴿ و ﴾ كذا ما قيل ﴿ عن المقتنع والنهاية وغيرهما ﴾ بلولاها العشر ﴿ إن كانت بكرأ ﴾ أو نصف العشر ﴿ إن كانت ثيباً ﴾ و يبطل المسمى ﴿ لصحيح الوليد (٢) الذي هو

وإن كان معتبر السند ، وقابلًا لتخصيص مادل^(١) على خلافه ، وموافقاً لقاعدة الفسخ في الجملة ومادل^(٢) على عدم خلو البضع عن مهر إلا أنه - لا عراض المعظم واحتمال وجوب العشر ونصفه في صورة الفساد وإن رجع هو به على المدلس إن كان ، بل لعله الظاهر منه عند التأمل فهو حينئذ خارج عما نحن فيه ، وغير ذلك - كان قاصراً عن معارضة مادل^(٣) على وجوب المسمى مع صحة المقد من وجوه. ﴿و﴾ من هنا كان ﴿الاول﴾ أشبه ﴿بأصول المذهب وقواعده﴾ ، كما عرفت تفصيل الكلام فيه ، بل وفي أن لها المسمى أو مهر المثل أو العشر ونصف العشر في النكاح الفاسد ، بل وفي أن وطء الشبهة أيضاً يوجب مهر المثل أو المقدّر ، وفي أنه يقرم أرض البكارة مع ذلك أيضاً أولاً وفي استحقاقها العوض مع علمها بالتحريم ، وغير ذلك مما تقدم في المباحث السابقة ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال ﴿يرجع بما اغترمه﴾ من مهر بل وقيمة ولد و نفقة ﴿على المدلس﴾ إن كان النكاح فاسداً قطعاً ، بلا خلاف معتد به أجده فيه ، لقاعدة القرور ، والنصوص (٤) السابقة في التدليس بالعيب ، وصحيح الوليد (٥)

(٣١) الوسائل الباب -٥٤- من أبواب المهور .

(٢) لم نشر على ما يكون صريحاً في عدم خلو البضع عن المهر ، و الظاهر أنه استفيد من الروايات التي دلت على أنه يجب على الرجل كذا بما استحل من فرجها وهي كثيرة منها ما رواه في الوسائل في الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٦ و الباب -٦٧- من نكاح العبيد و الامام الحديث ١ والباب -٣- من العيوب و التدليس الحديث ٣ والباب -٦- منها الحديث ١ والباب -٢- منها الحديث ٢ . نعم ورد لا يصلح نكاح الا بمهر ، في روايات عديدة ذكرها في الوسائل في الباب - ٢ - من أبواب عقد النكاح .

(٤) الوسائل الباب -٢- من أبواب العيوب و التدليس .

(٥) الوسائل الباب -٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الامام الحديث ١ .

(جواهر الكلام - ج ٢٣)

المتقدم آنفاً وخبر إسماعيل بن جابر (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته ، فسأل عنها ، فقيل : هي ابنة فلان فأتى أباها ، فقال : زوجني ابنتك ، فزوجها ، فولدت منه ، فعلم بعد أنها غير ابنته ، وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على مواليتها ، و الولد للرجل ، و على الذي زوجته قيمة الولد ، يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه ، وفي خبره الآخر (٢) عنه عليه السلام أيضاً قلت : « جاء رجل إلى قوم فخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم فزوجوه وهو يرى أنها من أنفسهم فعرف بعد ما أولدها أنها أمة ، قال : الولد له ، وهم ضامنون لقيمة الولد لمولى الجارية » إلى غير ذلك مما هو معتقد بعدم الخلاف فيه ﴿ و ﴾ عدم الاشكال . نعم ﴿ لو كان مولاها دلها قيل ﴾ والقائل الشيخ والجماعة كما في المسالك : ﴿ يصح ﴾ العقد ﴿ و ﴾ لا خيار فيه ، لأنها ﴿ تكون حرة بظاهر إقراره ﴾ أو إنشائه لو كان قد قال : « هي حرة » أو « هذه حرة » أو نحو ذلك مما يقتضى الحكم بنحربتها إقراراً أو إنشاءً قبل حصول العقد عليها ، فمع فرض رضاها بالنكاح سابقاً أو لاحقاً يصح العقد على جهة اللزوم ﴿ و ﴾ يكون المهر لها .

نعم ﴿ لو لم يكن تلفظ بما يقتضى العتق ﴾ لإقراراً ولا إنشاءً ﴿ لم تعتق ﴾ بل هي باقية على الرق ، خلافاً لما عن ظاهر المبسوط ﴿ ولم يكن لها مهر ﴾ لأن الفرض تدليس المولى بإياها ، والمهر راجع إليه ، بل لو كان قد دفع إليها شيئاً من المهر بأذنه أو تلفته يرجع به عليه ، للغرور أيضاً ، بل في القواعد احتمال الرجوع عليه وإن لم يأذن ، والرجوع به في كسبها والتبعية به بعد العتق ، وهو وإن كان جيداً ، بل وافقه عليه جماعة من المتأخرين ومتأخريهم ، لكنه خروج عن موضوع المسألة الذي هو تدليسها حرة ثم ظهر بعد ذلك أنها أمة ولو للعلم بكذب إقراره ، ولعله لذا نسب المصنف إلى القيل مشعراً بتمريره ، نعم قيل : ينبغي استثناء أقل ما يتمول أو مقدار مهر المثل في صورة الرجوع بالمهر لثلاث

(١) الوسائل الباب ٧- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٧ .

يخلو البضع عن المهر ، وفيه ما عرفته سابقاً من منافاته لدليل الرجوع الظاهر أو الصريح في المسمى جميعه الموافق لفتوى المعظم ، **أَللَّهُمَّ إِلَّا** أن يقال في خصوص المقام باستثناء العشر أو نصفه منه ، لصحيح الوليد (١) السابق ، ويمكن تنزيل ماسمعه من المقتنع والنهية على هذه الصورة خاصة ، وإن كان فيه ما عرفته أيضاً .

و لها **زرت** بعد النكاح فعلم الزوج في حال حريتها أنها كانت أمة مدلسة قبل النكاح فالظاهر ثبوت الخيار ، خلافاً لمحتمل القواعد في نظير المسألة من عدم الخيار ، لارتفاع الضرر ، وأصالة اللزوم ، ونحو ذلك مما لا يعارض إطلاق دليل الخيار ، والله العالم .

ولو دلست **هي** نفسها كان عوض البضع لمولاها **و هو المسمى** في العقد مع إجازته على الأصح ومهر المثل أو العشر ونصفه إن لم يجر **و لكن** **رجع الزوج به عليها إذا أعتقت** لقاعدة الغرور **ولو كان دفع اليها المهر** استبعاد ما وجد منه **ودفعه بعينه إلى المولى إذا كان العقد واقعاً عليه وإلا إن شاء دفعه أو غيره من الأفراد** **و أما** **ما تلف منه** **فـ** يتبعها به عند حريتها **للقاعدة السابقة** .

ولا فرق في هذه الأحكام بين الحر والعبد ، لا طلاق الدليل ، نعم حكم الرجوع ونحوه لسيده ، بل والخيار بناء على اختصاص الطلاق في كونه بيد العبد دون غيره كما تقدم الكلام فيه سابقاً ، نعم لو اعتق قبل الفسخ فالأقرب أن الرجوع به للعبد ، لأنه حينئذ من كسبه وهو حر ، وربما احتمل كونه للمولى ، لأنه عوض ما دفعه عن عبده الذي لم يدخل في ملكه ، بل خروجه عن ملك المولى كان متزلاً ، وفيه منع .

ثم إن كان الغار هو الوكيل لها أوله رجع بالجميع وإن كانت هي فكذلك ولكن يتبعها به بعد العتق ، ولا يرجع على سيدها الذي قد استحق غير المهر

بالوطء ، ولو حصل الغرور بينهما رجع بنصفه على الوكيل حالاً و نصفه عليها بعد العتق .

و لو أولدها ففي الفوائد « كان الولد رقاً لمولاه إن كان المدلس سيدها وأذن لها في التزويج مطلقاً أو في التزويج به بخصوصه أو بآى عبد كان ، وفيه نظر مع فرض المسألة على وجه يثبت الخيار المتوقف على حصول الأذن منهما المستلزم شركة الولد بينهما ، لكونه نماءً ملكيهما ، وتدليس السيد بالحرية لا ينافي ذلك ، و فرض المسألة إذن مولى الجارية دون العبد حتى يكون الولد لمولى العبد ينافي الحكم بالخيار ، وهذا كله مع الشرط في متن العقد .

أما إذا تزوجها على أنها حرة بالاخبار بذلك قبل العقد من الولي أو الجارية أو أجنبي من دون اشتراط لفظاً ففي المسالك وغيرها و عن المبسوط عدم الخيار ، للأصل المستفاد من عموم « أدفوا » (١) وغيره ، بل صريح بعضهم ذلك حتى مع اشتراط ذلك قبل العقد ، تمسكاً بما دل على عدم العبرة بالشرائط السابقة قبل العقد من النصوص السابقة ، لكن قد عرفت ما فيه في محله ، مضافاً إلى ظهور الأدلة هنا التى منها صحيح الوليد (٢) وخبر إسماعيل بن جابر (٣) المتقدمة في تحقق التدليس بالأعم من ذلك و من الاخبار بالحرية قبل العقد على وجه يكون الباعث له على تزويجها ذلك ، بل هو قائم في نفسه قيام الداعى وإن لم يشترطه في العقد ولا قبله ، بل لعل العرف أيضاً كذلك .

نعم قد يتوقف في تحققه بالسكوت منها أو ممن يتولى نكاحها مع العلم ، كما عرفت فيما تقدم ، مع إمكان القول بكونه تدليساً أيضاً إذا فرض علم الساكت بقدم الزوج على الحرية وإن استفادها من الأصل ونحوه ، ومن هنا أطلق المصنف وغيره ، بل لعله المشهور في موضوع المسألة من غير اعتبار للاشتراط .

ثم إنه قد ظهر لك مما ذكرنا أنه لا فرق في ثبوت هذه الأحكام بين ظهورها

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب نكاح المبيد والاماء الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٧- من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ .

أجمع أمة أو بعضها ، فيثبت الخيار حينئذ بالتدليس برقية بعضها للتنقيح ، ولأن السبب في الخيار التدليس بهذا الوصف و نحوه من غير فرق بين الجميع والبعض ، كما هو ظاهر النصوص ، لكن في القواعد : إنما يرجع على المدكس بنصيب الرقية ، لأن التدليس إنما وقع بالنسبة إلى ذلك البعض ، بخلاف الآخر الذي صدق بالإخبار بحريته .

قلت : قد يحتمل قوياً الرجوع بالكل إلا ما استثنى من أقل المهر أو مهر المثل إن رجع عليها ، لأنه لم يسلم له ما يريد من النكاح ، وعلى الأول فإن كانت هي المدلسة وكان نصفها مثلاً رقاً أغرم للمولى نصف المهر ، ورجع عليها بنصف ما غرمه معجلاً ، وتبعها بالباقي بعد العتق ، ولو كان المولى المدكس لم يكن له شيء من المهر ، بل لو دفعه إليها بأذنه فتلّف كان الرجوع عليه بنصفه ، بل قد سمعت احتمال الرجوع عليه بذلك وإن لم يأذن ، لكونه غادراً ، فهو سبب في الائلاف أقوى من المباشر ، ولو كان أجنبياً رجع عليه بما غرمه للمولى من نصف المهر ، بل يرجع عليه بذلك وبما دفعه لها بأذنه فأتلّفته ، بل وإن لم يأذن بناءً على احتمال الرجوع به على السيد كذلك .

المسألة الثانية *

عكس المسألة السابقة ، وهي ما * إذا تزوجت المرأة برجل على أنه حر فبان مملوكاً * مأذوناً * كان لها الفسخ قبل الدخول و بعده ، ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول * لأنه من قبلها ، * و * لاقتضاء الفسخ ذلك كما عرفت سابقاً ، نعم * لها المهر * المسمى * بعده * لما عرفت أيضاً فيما تقدم ، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال ، لما تقدم ولصحيح محمد بن مسلم (١) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة حرة تزوجت مملوكاً على أنه حر ، فعلمت بعد أنه مملوك ، قال : هي أملك بنفسها إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فلا ، فإن كان دخل بها فلها

الصداق ، وإن لم يكن دخل بها فليس لها شيء ، و ظاهر قوله عليه السلام : « الصداق » أنه المسمى كما حققناه سابقاً ، لامهر المثل ، كما أن ظاهره كون العبد مأذوناً وإلا لم يكن الخيار بيدها مع عدم إجازة السيد ، ولكن لها المهر على العبد تبعه به بعد العتق ، بخلاف ما إذا كان مأذوناً ، فإن المهر يرجع به على السيد ، لما تقدم سابقاً من أن مهر العبد المأذون على السيد ، وكذا ظاهر الصحيح المزبور عدم الفرق بين شرطية الحرية في متن العقد وعدمها بعد صدق التدليس والغرور والخديعة ، كما سمعته في السابق ، بل لا يخفى عليك إجراء جميع ما ذكرناه من الأحكام في المسألة السابقة حتى حكم ظهوره مبعضاً وحكم مالوكا كانت المرأة أمة وإن كان الخيار حينئذ بيد المولى قطعاً ، نعم في القواعد هنا « لو ظهر الزوج معتقاً فلا خيار » وفيه ما عرفت بناءً على كون المراد عدم الخيار لو ظهر كون حريته بعتقه بعد كونه زوجاً ، أما لو كان المراد أنه حين النكاح معتقاً لا حراً بالأصل فوجه عدم الخيار حينئذ ظاهر ، ضرورة صدق الحرية ، والله العالم .

المسألة الثالثة ﴿﴾

﴿ قيل ﴾ في محكي المقنعة والنهاية والمهذب والسرائر والوسيلة بل نسب إلى أكثر المتقدمين ﴿ إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيبة ﴾ أي حرة ﴿ فكانت بنت أمة كان له الفسخ ﴾ للتدليس في الصفة المستفاد تسببها الخيار من فحادي النصوص السابقة والتعليل في بعضها ، ولعله لا يخلو من قوة ، خصوصاً مع احتمال إرادته من الخبرين (١) الاتيين في المسألة الآتية ، بل لعله الظاهر من أحدهما . ﴿ ولكن مع ذلك ﴾ الوجه ﴿ عند المصنف ، وغيره من المتأخرين ﴾ ثبوت الخيار مع الشرط ﴿ في متن العقد تحقيقاً أو تقديرأ على القول به ﴾ لأمع إطلاق العقد ﴿ و وقوع ذلك على نحو الداعي أو الشرط قبله ، لأصالة اللزوم ، بخلافه

مع الشرط فيه الذي لا خلاف في ثبوت الخيار معه حينئذ ، بل عن بعضهم دعوى
الاجماع عليه صريحاً ، لمعوم « المؤمنون عند شروطهم » ، (١) المنحصر فائدته في
نحو المقام في التسلط على الخيار .

وعلى كل حال ﴿ فان فسخ قبل الدخول فلامهر ﴾ لها على الزوج إجماعاً ،
ولا على أبيها الذي زوجها على المشهور ، للأصل مع انتفاء المقتضي ، خلافاً للشيخ
في محكني النهاية ، فأثبت عليه المهر ، وعلله غير واحد بالرواية ، ولم نقف إلا على
خبري محمد بن مسلم (٢) الأتيين في المسألة الأتية ، ولادلالة فيهما على ذلك ، فالأصل
حينئذ بحاله بعد قصور الرواية المرسله لو فرض إرادة غيرهما منها عن قطعه كما
هو واضح .

﴿ نعم لو فسخ بعده كان لها المهر ﴾ المسمى الذي استقر بالدخول على
الزوج ، كما عرفته فيما تقدم من نظائر المسألة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يرجع به على
المدلس أباً كان أو غيره ﴾ لقاعدة الغرور وفحواي النصوص السابقة في أمثال المسألة
و صحيح محمد بن مسلم (٣) الأتي حتى لو كانت هي المدلسة رجع عليها إن كان قد
دفع إليها ، وإلا لم يكن لها شيء حتى أقل ما يتموت فضلاً عن مهر المثل ، كما عرفت
تحقيق المسألة فيما تقدم ، هذا وفي القواعد « ولو خرجت بنت معتقة فاشكال » و لعله
من دخولها في المهيرة عرفاً ، لأنها الحرة كما عن الجوهري وغيره ، مضافاً إلى
الأصل والاحتياط ، ومن دعوى تبادر الحرة بالأصل وفيها منع ، والأولى أن يحمل
على ظهور أنها كانت أمها أمة حين ولدت ثم أعتقت ، فان الاشكال فيها أظهر من
صدق أنها الآن مهيرة ، و من أنها حين ولدت منها لم تكن بنت مهيرة ، والظاهر
أن العبرة بذلك حين الولادة ، والأمر سهل بعد وضوح الحال في أصل المسألة ،
والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ و ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الميوب والتدليس الحديث ١ .

المسألة الرابعة *

* لو تزوج به بنته من مهيرة و أدخل عليه بنته من الأمة فعليه * اجتنابها مع العلم بالحال و * ردّها ، ولها مهر المثل إن دخل بها * وهي غير عالة وإن كان هو عالماً ، و يرجع به * من جهله * على من ساقها إليه * لقاعدة الغرور . * و ترد عليه التي تزوجها * لأن الفرض كونها امرأته * و كذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنتها زوجته سواء كانت أرفع أو أخفض * أو مساوية فوطأها ، فإنه يقرم لها مهر المثل إن لم تكن عالة ، و يرجع به إن لم يكن عالماً على المدلس ، للقواعد المقررة ، وإنما ذكر الأصحاب هذه بخصوصها لتعرض النصوص لها ، ففي صحيح محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام : « سألت عن رجل خطب إلى رجل ابنته له من مهيرة فلما كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة له أخرى من أمة ، قال : تردّ على أبيها ، و تردّ إليه امرأته ، و يكون مهرها على أبيها » و في صحيحة الآخر (٢) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيرة فأتاه بغيرها ، قال : تردّ التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها ، و المهر الأول للتي دخل بها » بناءً على كون المزداد منهما إدخال الأخرى بعد العقد على الأولى ، مع احتمال إرادة الخطبة بنت المهيرة ولكن العقد وقع على بنت الأمة بعنوان أنها بنت المهيرة تدليساً من الأب ، فيكون الخبران حينئذ دليلي المسألة السابقة ، بل لعل الثاني منهما ظاهر في ذلك ، بل والأول بناءً على أن المراد من « امرأته » فيها المسماة له بالخطبة ونحوها .

و على كل حال فالمراد من الأول بقريئة الثاني كون مهر المردودة إلى زوجها على أبيها ، و وجهه أن الزوج يرجع بالمهر الذي غرمه للأولى على الأب المدلس ، فيأخذه منه ، ويدفعه إلى المعقودة عليه بعد فرض تساوي مهر المثل الذي

غرمه للمهر الذي عقد عليه ، و حينئذ فيوافق الخبران القواعد المعلومة .
 و منه يعلم ما في فتوى الشيخ السابقة المبنية على رجوع الضمير في الخبر
 الأول للبنت من الأُمة ، و كون الرد قبل الدخول ، مع احتمال مضافاً إلى ما عرفت
 العلم بعد الدخول و حينئذ فالمراد من كون المهر على أيها باعتبار رجوع الزوج به
 عليه ، فقراره حينئذ عليه .

وقال في هذه المسألة في النهاية : « وإن كان للرجل بنتان إحداهما بنت مهيرة
 و الأخرى بنت أمة فعقد لرجل على بنته من المهيرة ثم أدخل عليه بنته من أمة
 كان له ردّها ، و إن كان قد دخل بها وأعطاه المهر كان المهر لها بما استحل من
 فرجها ، و إن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر ، و على الأب أن يسوق إليه ابنته
 من المهيرة ، و كان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى ابنته
 الأولى ، و إن لم يكن وصل إليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمة الزوج
 لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ، و ذكر الخبر الأول ، و في المسالك بعد حكاية
 ذلك عنه قال : « ولا يخفى أن في دعوى الشيخ زيادات عن مدلول الرواية لا
 توافق الأصول ، مع أن في طريق الرواية ضعفاً » قلت : الخبر حسن كالصحيح
 و ليس في كلام الشيخ زيادات عليه بعد فرض كون مراده ما ذكرنا ، فتأمل جيداً ،
 والله العالم .

المسألة الخامسة

﴿ إذا تزوج امرأة و شرط كونها بكرأ فوجدها ثيباً ﴾ و ثبت بالاقرار أو
 البيّنة سبق ذلك على العقد كان له الفسخ ، لانقضاء الشرط الذي قد عرفت أن فائدته
 ذلك ، و لعله لا خلاف فيه كما لا إشكال ، لكن في كشف اللثام أن ظاهر الأكثر
 و صريح بعض عدم الخيار ، للأصل و الاحتياط ، و أن الثيبوبة ليست من العيوب ،
 وفيه أنا لم نتحقق ما حكاه ، بل لا وجه له مع الفتوى من غير خلاف منهم في تحقق

الخيار مع شرط الصفات ، ككونها بنت مهيمة و نحوها ، لدليل الشرطية الفاطح للأصل ، وغير متوقف على العيب حينئذ ، نعم أطلق كثير من الأصحاب فيمن تزوج جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً ﴿ لم يكن له الفسخ ﴾ إلا أن ذلك منهم ﴿ لا مكان تجرده بسبب خفي ﴾ كما أوما إليه المصنف ، فلا ينافي اشتراطه ، بل هو المراد من خبر القاسم بن الفضيل (١) عن أبي الحسن (عليه السلام) في الرجل يتزوج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيباً أيجوز أن يقيم عليها ؟ قال : قد تفتق البكر من المركب و من النزوة ، أو المراد أنه لا دلالة في انتفاء بكارها على فجورها ، أو أن لها بهلاً أو نحو ذلك مما لا ينبغي معه القيام معها ، لأن البكارة قد تذهب بالنزوة و نحوها .

و على كل حال فهو غير مفروض المسألة الذي هو اشتراط البكارة المعلوم سبق انتفائها ، بل لا يبعد ثبوت الخيار معه وإن لم يذكر ذلك شرطاً في متن العقد ، وإنما كان بتدليس منها أو من وليها ، لما سمعته في المسائل السابقة ، نعم لو تزوجها من دون اشتراط بكارة و لا تدليس وإنما قدّم عليها على احتمالها الأمرين لم يكن له خيار ، بل ولا رجوع بمهر وإن ظهر سبقها ، للأصل السالم عما يقتضي شيئاً منهما . و كيف كان فإذا فسخ حيث يكون له الفسخ فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده استقر المهر و رجع به على المدّس ، وإن كانت هي ، بل الأصح عدم استثناء قدر ما يتم أو مهر المثل له إذا رجع عليها ، لما عرفته في المسائل السابقة . ﴿ و ﴾ أما إذا اختار البقاء أو لم يكن له الفسخ لاحتمال التجدد ﴿ كان له أن ينتقص من مهرها ﴾ على المشهور بين الأصحاب ، لصحيح محمد بن جزيك (٢) « كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) سألته عن رجل تزوج جارية بكراً فوجدها ثيباً هل يجب لها الصداق و ائياً أو ينتقص ؟ قال : ينتقص » خلافاً للحلبي و ابن البراج فلم ينقصا منه شيئاً ، للأصل المقطوع بالدليل ، فلا ريب في ضعفه ، وإنما الكلام في

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ عن محمد بن

القاسم بن الفضيل كما في الكافي ج ٥ ص ٣١٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

مقدار النقصان ، ففي محكي النهاية شيء ، لا طلاق لفظ النقصان في الصحيح المزبور .
و في القواعد ومحكي السرائر والتحرير والارشاد والتلخيص هو ﴿ ما بين
مهر البكر والثيب ، و يرجع فيه إلى العادة ﴾ فينقص من المسمى مقدار التفاوت
بينهما نصف أو ثلث أو غيرهما ، لأنه الكذي فوته المدلس باعتبار أنه بذل المسمى
في مقابلة الوصف بالبكارة ولم تكن كذلك ، فيلزم التفاوت كأرض ما بين كون المبيع
صحیحاً ومعيباً ، وضعفه في المسالك بأن ذلك إنما يتم حيث يكون فواته قبل العقد
أما مع إمكان تجدد العلم بتجده بناءً على كونه كذلك فلا ، لعدم مقتضى السقوط
حينئذ أو عدم العلم به .

﴿ وقيل ﴾ والقائل قطب الدين الراوندي : ﴿ ينقص السدس ﴾ لأنه المراد
من الشيء في الوصايا ﴿ وهو غلط ﴾ لخلو الخبر عن لفظ « الشيء » ولو سلم فالحمل
على الوصية ممنوع ، وعن المصنف في النكح إحالته على رأي الحاكم كما هو الشأن
في كل ما لا تقدير له شرعاً ، وقد يرجع إليه القول الأول ، ضرورة أنه لا وجه
لايكال أمر الشيء إلى الزوج أو الزوجة المؤدي إلى النزاع في تعيين أفراد الشيء ، ولا
نظيره في الشرع .

قلت : وقد يقال : إن الأولى تقديره بالنصف عملاً بالنصوص (١) المعتبرة
المستفيضة الواردة في تقديره بالأمة بعشر قيمتها ونصف عشر قيمتها الظاهرة في كون
التفاوت بين البكارة والثيوبه التي لا فرق فيهما بين الأمة وغيرها بالنصف وإن اختلفا في
كون ذلك نصف عشر القيمة ونصف المسمى الذي قد وقع العقد والتراضي عليه ،
بل هو الأقوى في النظر إن لم يكن إجماع على خلافه ، كما أنه أقوى ثبوت
النقصان مع العلم بتجدد الثيوبه ، لترك الاستفصال في الصحيح المزبور الذي يمكن
تأييده بكونه كالمبيع قبل قبضه في ضمانه على البائع حتى يقبض ، اللهم إلا أن

(١) الوسائل الباب -٣٥- من أبواب نكاح الميبد والاماه الحديث ٢٠١ والباب ٦٧

منها الحديث ١ .

يدعى ظهور النص في سبق الثبوت أو مجهول الحال ، فيكون ترك الاستفصال فيه لذلك ، ويمكن منعه ، والله العالم .

المسألة السادسة ﴿﴾

﴿ إذا استمتع امرأة فبانت كتابية ﴾ مثلاً ﴿ لم يكن له الفسخ من دون هبة المدة ﴾ للأصل السالم عما يقتضي خياره ﴿ ولا له إسقاط شيء من المهر ﴾ لعدم نقص الاستمتاع عليه بشيء ، نعم له فسخ عقدها بهبة المدة كغيرها من النساء التي استمتع بها . ﴿ وكذا لو تزوجها دائماً ﴾ بناء ﴿ على أحد القولين ﴾ ولكن له أن يطلقها كغيرها من النساء ﴿ نعم لو شرط إسلامها ﴾ مثلاً ﴿ كان له الفسخ إذا وجدها على خلافه ﴾ لما عرفت من اقتضاء الشرط ذلك ، بل قد عرفت قوة ثبوت الخيار بالتدليس بنحو ذلك على وجه تزوجها على أنها مسلمة مثلاً فبان الخلاف . وعلى كل حال فحكمها في الفسخ قبل الدخول وبعده وفي الرجوع بالمهر على المدلس وغير ذلك حكم نظائرها السابقة ، ولو شرط كونها كتابية فبانت مسلمة ففي تسلطه على الخيار وجهان : أفواهما الأول ، لعموم المقتضي ، ولعل له غرضاً في ذلك ، وكذا كل شرط صفة نقص فبان الكمال ، وفي الحاق التدليس به هنا إشكال من صدقه ، ومن ظهور تلك الأدلة في تدليس الناقص بالكمال لا العكس ، ولعله الأقوى .

المسألة السابعة *

* إذا تزوج رجلان * مثلاً * بامرأتين فأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها فلكل واحدة منهما على واطئها * مع جهلها * مهر المثل * ويرجع به على الغار إن كان * و ترد كل واحدة على زوجها ، و عليه مهرها المسمى * بالعقد عليها * و ليس له وطؤها حتى تنقضي عدتها من وطء الأول * إلا إذا كان الوطء زنا منهما ، فإنه لا عدة حينئذ * ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورت كل واحد منهما زوجة نفسه وورثته * لحصول السبب و إن امتنع الوطء لعارض كالحيض و نحوه بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف ، و إنما ذكره الأصحاب بخصوصه للنص فيه ، ففي الصحيح (١) « في رجلين نكحا امرأتين ، فأتى هذا بامرأة هذا ، وهذا بامرأة هذا ، تعتد هذه من هذا وهذه من هذا ، ثم ترجع كل واحدة إلى زوجها ، و في رسالة جميل بن صالح (٢) عن الصادق عليه السلام « في أختين أهديتا إلى أخوين في ليلة ، فأدخلت امرأة هذا على هذا وأدخلت امرأة هذا على هذا ، قال : لكل واحدة منهما الصداق بالغشيان ، وإن كان وليهما تعتد ذلك أغرم الصداق ، ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة ، فإن انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول ، قيل له : فإن ماتتا قبل انقضاء العدة ، فقال : يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ، ويرثهما الرجلان ، قيل : فإن مات الرجلان وهما في العدة ، قال ترثانها ، و لهما نصف المهر المسمى لهما ، و عليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الأولى ، تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها « نعم هي تتضمن تنصيف المهر بالموت قبل الدخول من أيهما كان ولم يقل به أحد كما في كشف اللثام ، قال : « و لذا عمل بها الشيخ في محكي النهاية إلا في تنصيف المهر لهما إذا مات الزوجان فأثبت لهما تمام المسمى « وستمع إنشاء الله تحقيق الحال في ذلك .

(٢٠١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ١ - ٢ .

و حملها في المختلف على أن المرأتين ليس لهما ولد ، فيرجع الزوجان بالنصف مما دفعاً مهرأ على سبيل الميراث ، وفي المسالك و هذا الحمل مع بعده إنما يتم في جانب الزوج دون الزوجة ، لحكمه لها أيضاً بالنصف ، مع أن أول الرواية تضمن حصول الغشيان وآخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت ، وحملها على ما لو وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها ، وعلى كل تقدير فاطراح الرواية للضعف أولى من تكلف حملها على ما لا تدل عليه .

قلت : المحتاج إلى التأويل فيها التنصيف بموت الزوجة دون العكس الذي ستسمع دلالة كثير من النصوص (١) عليه ، والغشيان في أول الرواية غشيان الشبهة لاغشيان الزوج ، فلا ريب حينئذ في كون المفروض الموت قبل الدخول ، والأمر سهل بعد وضوح الأمر في ذلك و في أن للزوجين الرجوع بما غرما من مهر المثل على نحو ما سمعته في المسائل السابقة ، إلا أن الزوجة هنا إذا كانت هي الفارة لم يكن لها مهر أصلاً اكونها بغيتاً حينئذ .

هذا ولكن في جامع المقاصد يرجع كل من الزوجين بما غرمه من مهر المثل على الولي ، وفي الرواية التقييد بتعمده ، وكذا في عبارة الشيخ على ما سبق ذكره ، وينبغي أن يقال : إن تعمد الولي والزوجة أو كانا معاً جاهلين فالغرم عليها دون الولي ، لأن سببيتها أقوى ، نعم يستثنى لها أقل ما يصلح مهرأ ، وإن تعمد أحدهما خاصة فالغرم مختص به ، فإن تمدت هي فلا بد من استثناء الأقل ، ولو علم الزوج وجهلته الميرأة غرم مهر المثل ، ولا يرجع به على أحد وينبغي تأمل هذا التفصيل ، لأنني لم أجده قائلأ .

قلت : مع أن فيه منافاة لقاعدة عدم المهر لبغي مع فرض كونها المتعمدة فلا وجه لاستثناء أقل ما يصلح ، بل يقال : بأن له الرجوع على كل منهما مع فرض كون الغرور من كل منهما إذا كانا جاهلين أو توزع الغرامة عليها ، اللهم إلا أن يكون غرور الولي منهما ، ففر الزوج ، فإن القرار حينئذ عليها ، فتأمل جيداً ،

هذا كله مع علم الحال .

أما إذا اشتبه على كل منهما زوجته ولم يكن ثم طريق إلى معرفتهما منع كل واحد من الرجلين عن امرأتين حتى يقرع ، فإن القرعة لكل أمر مشكل ، لكن في القواعد « ألزم كل منهما الطلاق » وفي غيرها احتمال طلاق الحاكم أو فسخه أو تسلط المرأتين على الفسخ وانتفاء الجميع ، ولعل الأقوى ما ذكرنا .

ولو طلقها فلا تحسب هذه طلاقاً لو تزوج أحدهما بإحداهما بعد ذلك وطلقها الآخرين لم تحرم ، لعدم معلومية الزوجة في الثلاث ، والأصل الحل ، نعم لو زوجتهما معاً وطلقهما مرتين معاً ولو في الطلقة الأخيرة حر ما عليه ، لأن زوجته إحداهما ووقوع ثلاث طلاقات بها سقطوع به لا على التعيين ، فيجب الاجتناب ، لاختلاط الحلال بالحرام ، وكذا إذا طلقهما مرتين متعاقبتين حرمتا بعد كمال الطلقتين لهما لذلك .

وعلى كل حال يلزم كل من الرجلين بنصف مع الطلاق قبل الدخول ، فإن انفق النصفان جنساً وقدراً وصفة أخذت كل منهما أحد النصفين وإن اختلفا قسم بينهما أحد النصفين بالتسوية إن تداعياه و تصادم دعواهما بأن حلفتا أو نكلتا ، ويبقى النصف الآخر مجهول المالك ، إلا أن يرجع إحداهما إلى ادعائه ، فلا يبعد سماعه منها وإعطاؤها إياه ، وارتجاع ما أخذته من النصف الأول وتسليمه للأخرى ، ولعل الأولى من ذلك القرعة بناءً على ما عرفت ، فكل نصف خرج على إحداهما أعطيت إياه ، ويعطى الأخرى النصف الآخر لتعيينه ، وربما اجتمعا أيضاً لإيقاف كل من النصفين حتى يصلحا .

وإن سكتا ولم يتدعيا شيئاً منهما فالأولى بناءً على ما ذكرنا القرعة أيضاً ، وربما احتمل الإيقاف أيضاً وإن كان الاختلاف بين النصفين في القدر خاصة أعطيت كل منهما ما تساويا فيه .

بقي الكلام في الزائد ، والأولى عندنا فيه القرعة ، وبحكم الحاكم حينئذ بمقتضاها ، وربما احتمل عدم ثبوت نصف المهر مع فرض وقوع الطلاق بالاجبار ،

وأولى به من فسخ الحاكم أو المرأتان ، لكنه كما ترى . وقد مرّ للمسألة نظير في تزويج الوليين ، وحكم الميراث حكم المهر .
ومع عدم البناء على القرعة لا ريب في أنه يحرم على كل منهما أم كل واحدة منهما ، للاشتباه ، وكذا يحرم كل منهما على أب الزوج وابنه ، أما على ما ذكرناه من القرعة فلا إشكال ولا اشتباه ، والله العالم .

المسألة الثامنة *

* كل موضع حكمنا فيه ببطالان العقد فللزوجة * الحرية * مع الوطء * والجهل * (مهر المثل) * كوطء الشبهة بلا عقد * لا المسمى * الذي قد وقع في العقد الفاسد ، خلافاً لبعضهم كما عرفت الكلام فيه وفي غيره سابقاً * وكل موضع حكمنا فيه بصحة العقد ، فلها مع الوطء * وعدم التدليس منها * المسمى * الذي تستقر بالدخول * وإن لحقه الفسخ . وقيل * والقائل الشيخ : * إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطء لزمه مهر المثل سواء كان حدوئه قبل العقد أو بعده * لا ريب أن * الأول أشبه * بأصول المذهب وأخباره كما تقدم البحث فيه .

المسألة التاسعة :

لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً ففي القواعد لا فسخ ، لا مكان يحدد شرطه ولو في الشيخوخة وعدم العلم بالعقم من دونه ، وجواز استناده إليه .
وفيه (أولاً) أن فرض خروجها عقيماً ينشأ في هذه الاحتمالات التي منها جواز ولادتها في الشيخوخة التي لو وقع ذلك فيها عد من المعجزات ، والمراد من العقم المشروط بعدم حملها ، فعجواز كونه مانعاً لا للعقم غير مجدد ، وجواز استناده إليه بنفيه ولادته من غيرها ، وأن المراد من اشتراط الاستيلاد ما يرجع إلى صفاتها

لا إلى ما يرجع إلى فعل الله الذي لا اختيار لأحدهما فيه ، فإن ذلك لا يجوز اشتراطه ، و دعوى - أنه وإن أريد بالشرط ما يرجع إلى صفاتها إلا أنه لا يعلم بوجه فلا يفيد اشتراطه انتفاءه ، فإن انتفاء الولادة لا يدل على العقم - يدفعها إمكان معرفة ذلك بالقرائن العادية التي تقيد الطمأنينة بذلك ، و كذا حكم اشتراطها عليه الاستيلاد .

المسألة العاشرة :

لو غرته المكاتب بالحرية فإن اختار الامساك فلها لا سيدها المهر ، و إن اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول ، و يرجع به جميعه على المختار بعده إن كان قد دفعه ، و إلا فلا شيء ، و لو غرته الوكيل - سيدها كان أو غيره - رجع إليه بالجميع .

و لو أمت بولد فهو حر إن كان الزوج حراً لأنه دخل على ذلك ، نعم مع فرض عدم إذن المولى يغرم قيمته يوم سقط حياً .

ويتبع القيمة في الاستحقاق أرض الجناية ، لأنه قيمة لبعض المجننى عليه فإن كان المستحق لها المولى استحق الأرض أيضاً ، ولو فرض أنه الغار لم يستحق شيئاً ، وإن كانت الأم هي المستحقة للقيمة كانت مستحقة للأرض أيضاً ، فإذا فرض أنها الغارة لم تستحق شيئاً وإن كان الغار غير المستحق غرم له القيمة ، ويرجع بها على الغار .

ولو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حر لأبيه لأن أمه أمة لا تراث ، فإن كان هو الضارب فللأقرب إلى الولد من ورثته دون الأب القاتل ، فإن لم يكن له قريب فللأمام ، و على الأب للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا : إن الأرض له ، و إن قلنا : إنه للأم فلها ، و وجه وجوبه أن الولد مضمون ولذا يجب على الجاني دية للأب ، فكما يضمن للأب يضمن للسيد ، وعن المبسوط والتعريض لاضمان لوجوب قيمته يوم

سقط حياً ولا قيمة للميت ، و على الضمان فإن زادت الدية على عشر القيمة أو ساوته فلا إشكال ، وإن نقصت عنه ففي وجوب العشر كاملاً أو أقل الأمرين منها وجهان .

المسألة الحادية عشر :

لا يرجع المغرور بالغرامة على الغار إلا بعد أن يفرم ، لأنه إنما يرجع بما غرمه ، وكذا الضامن ، نعم في القواعد للمغرور مطالبة الغار ليخلص من مطالبة المرأة أو السيد ، كما أن للضامن أن يطالب المضمون عنه بالتخليص ، و لعله لكونه ليس رجوعاً ، لكن لا يخلو من نظر ، لعدم دليل على استحقاق هذه المطالبة قبل الدفع .

المسألة الثانية عشر :

قال في القواعد : « لو اتسب إلى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون من غير شرط فلا قرب أنه لا فسخ ، وكذا المرأة ، نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ ، لمخالفة الشرط ، وكذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً ، قلت : قد تكرر منّا غير مرة قوة ثبوت الخيار بالتدليس بصفة من صفات الكمال على وجه يتزوجها على أنها كذلك فبان الخلاف ، أي صفة كانت ، لظهورصوص (١) التدليس فيه ، خصوصاً المشتعل منها على التعليل الذي يكشف عن الوجه فيما ورد الخيار به من التدليس بالحرية ونحوها ، مضافاً إلى فحوى خبر الحلبي (٢)

(١) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب العيوب والتدليس .

(٢) المراد من خبر الحلبي هو خبره الذي ورد فيمن تزوج وقال : أنا من بني فلان ، وقد تعرض (قده) له بعد قليل في هذا الفرع نفسه ، والظاهر أن استدلاله بفحواه هنا ليس لاثبات الخيار في صورة الانتساب إلى قبيلة و ظهور الخلاف ، فانه نص في ذلك كما ذكره (قده) بل لاثبات الخيار بالتدليس بصفة من صفات الكمال ، كاشتراط البياض أو السواد أو الجمال ونحوها ، كما أنه استدلل الفاضل (قده) لهذه الصورة بفحواه في كشف اللثام و بنفسه في تلك المسألة .

و خبر حماد بن عيسى (١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام : إنه خطب رجل إلى قوم ، فقالوا : ما بمجارك ؟ فقال : أبيع الدواب ، فزوجوه فإذا هو يبيع السنائير فمضوا إلى علي عليه السلام فأجاز نكاحه ، وقال : إن السنائير دواب ، وخصوص من الحلبي (٢) وفي رجل تزوج امرأة فيقول : أنا من بني فلان ، فلا يكون كذلك ، قال : يفسخ النكاح ، أو قال : يرد ، ولعله لذا كان المحكى عن ظاهر أبي علي والنهاية والخلاف والوسيلة الخيار وإن لم يشترط ذلك في العقد .

و منه يعلم الحكم في صورة الشرط المعلوم أو لويتها من ذلك ، و لذا اقتصر عليها ابن إدريس فيما حكى عنه نحو الذي سمعته من الفاضل ، بل يمكن دعوى تحصيل الاجماع منهم هنا ، على أن شرطية الصفات توجب الخيار إذا بان الخلاف ، بل قد عرفت فيما تقدم قوة ذلك حتى مع اشتراط الناقص من الصفات فبان الكامل لاختلاف الأغراض ولا يحصر فائدة الشرط بذلك هنا ، نعم لو كان الشرط من الأفعال أمكن القول بعدم الخيار بتعذره أو امتناعه ، للفرق بين النكاح و البيع بذلك ، بل يلزم المشتراط عليه بأدائه ، كما أنه تقدم لك منّا أنه وإن قلنا بالحقاق صورة التدليس بصورة الشرط في إثبات الخيار ، لكن ذلك إنما هو فيما إذا دكس صفة كمال فبان صفة نقص لا العكس وإن قلنا بالخيار في صورة شرطه ، و من ذلك كلفه يظهر لك ما في كلام المصنف ره في مسألة الأتساق في بحث الكفاءة ، وقد أوكلنا الأمر هناك إلى هذا المقام ، فلا حظ و تأمل ، والله العالم .

(١) الوسائل الباب -١٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب -١٦- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١ .

و بهذا أنهينا والحمد لله تعاليتنا على الجزء الثلاثين من كتاب جواهر الكلام بجوار مولانا أمير المؤمنين سيد الاوصياء عليه آلاف التحية و الثناء في أيام حرجة كانت تمر على الحوزة العلمية التي لا تزال محروسة برعاية صاحبها خاتم الاوصياء المهدي المنتظر عجل الله تعالى فرجه الشريف النجف الاشرف ٢٨ رمضان المبارك ١٣٩٥

فهرس الجزء ٣٠ من كتاب

جواهر الكلام

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
١٨	يفكحها بينها رجالان حرمت على المطلق أبداً	٢	إذا استكمل الحرّ أربعاً بالعقد الدائم حرم عليه ما زاد غبطة
٢٢	في اللعان وسبب تحريمه للملاعة	٥	إذا استكمل العبد أربعاً من الاماء أو حرتين أو حرّة و أمتين حرم عليه ما زاد
٢٧	في نكاح الكتابيّة للمسلم	٨	لكل من الحرّ و العبد أن ينكح بالعقد المنقطع وبملك اليمين ما شاء
٢٨	في نكاح المجوس و الاختلاف فيه	٩	إذا طلق واحدة من الأربع إذا طلق إحدى الأربع بائناً وتزوج اثنتين
٣٣	في ارتداد احد الزوجين قبل الدخول	١١	إذا استكملت العرّة ثلاث طلاقات حرمت على المطلق حتّى تنكح زوجاً غيره
٣٧	في ارتداد احد الزوجين بعد الدخول	١٥	إذا استكملت المطلقة تسعاً للمدة
٣٩	إذا أسلم زوج الكتابيّة فهو على نكاحه		
٥٠	لو أسلمت زوجة الكتابيّة		
٥١	في حكم غير الكتابيين		
٥٢			

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٩١	في أن إبقاء العبد طلاق امرأته وأنه بمنزلة الارتداد	٥٦	إذا أسلم الذمى على أكثر من أربع من المنكوحات
٩٢	في شرطية الكفاءة في النكاح وتحقيق معناها	٥٩	في كيفية الاختيار وأنه إما بالقول
١٠٣	في اشتراط التمكن من النفقة وعدمه في الكفو	٦٣	في كيفية الاختيار بالفعل
١٠٥	لو تبعد عجز الزوج عن النفقة فيه روايتان	٦٧	إذا تزوج الكافر امرأة وبنتها ثم أسلم
١٠٦	في جواز إكاح الحرّة العبد والعريّة المعجميّة والهاشميّة غير الهاشميّة وبالعكس وكذا أرباب الصنائع الدنيّة بذوات الدين والبيوتات	٦٩	إذا أسلم الكافر عن أمة وبنتها
١٠٩	لو خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته	٧٠	إذا أسلم الكافر عن أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها أو حرّة وأمة
١١٢	لو انتسب الزوج إلى قبيلة فبان من غيرها هل للزوجة الفسخ أم لا فيه قولان	٧١	إذا أسلم المشرّك وعنده حرّة وثلاث إماء
١١٣	كرهية تزويج الفاسق وشارب الخمر والمؤمننة بالمخالف	٧٢	إذا أسلم العبد وعنده أربع حرائر وثنيتات
١١٧	عدم انفساخ العقد بفجور المرأة عدم جواز التعريض بالخطبة لذات	٧٥	اختلاف الدين فسخ لا طلاق
		٧٩	إذا ارتد المسلم بعد الدخول
		٨٠	إذا أسلم وعنده أربع وثنيتات
		٨٢	إذا أسلم الوثني ثم ارتد
			لو مات إحداهن بعد إسلامهن
		٨٣	قبل الاختيار
		٨٧	إذا أسلم وأسلمن لزمه نفقة الجميع حتى يختار أربعاً

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	في الأجل و أن تقديره إلى	١١٩	العدة الرجعية
	الزوجين و وجوب كونه معلوماً	١٢١	صورة التعريض والتصريح
١٧٥	معيناً	١٢٣	فيما إذا خطب فأجاب
	هل يجوز أن يكون الأجل		إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً وشرطت
١٧٧	متأخراً عن العقد أم لا فيه كلام	١٢٣	في العقد
١٨١	فيما لو ترك التعمين بالأجل	١٢٨	في نكاح الشغار و بطلانه
	إذا ذكر المهر و الأجل صح	١٣٢	فرع من فروع نكاح الشغار
	العقد و حكم ما لو اخل بالمهر		كراهة العقد على القابلة إذا
	مع ذكر الأجل أو اخل بالأجل	١٣٥	ربته و بنتها
١٨٣	حسب		كراهة تزويج الابن بنت الزوجة
	كل شرط يشترط فيه لا بد من	١٣٦	من الغير
١٨٣	ذكره في العقد		في النكاح المنقطع و شرعيته في
١٨٦	للبالغة الرشيده أن تمتنع نفسها	١٣٩	الاسلام
	في جواز اشتراط الاثنيان ليلاً أو	١٥٣	في عقد النكاح المنقطع و شرائطه
١٨٦	نهاراً و غيره	١٥٥	في شرائط المرأة المتمتع بها
١٨٧	في جواز العزل للمتمتع		في ما يستحب في المتعاقدين و ما
	لا يقع في هذا العقد طلاق ولا إيلاء	١٥٧	يكره
١٨٨	ولا لعان	١٦١	فروع ثلاثة
	لا يثبت في هذا العقد ميراث بين	١٦٢	في المهر و أنه شرط في عقد المتعة
١٩٠	الزوجين		فيما لو تبين فساد العقد قبل الدخول
	فيما لو شرطاً أو شرط أحدهما	١٧٠	أو بعده جاهلة كانت أو عالمة
١٩٣	الثوارث	١٧٢	في الأجل و أنه شرط في عقد المتعة

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
في عدة المتمتع بها	١٩٦	في جواز أن يجعل عتق الأمة صداقها، وهل يشترط تقديم لفظ	
في تجديد العقد على المتمتع بها		المعد على العتق أم لا	٢٥١
قبل انقضاء الأجل	٢٠٢	أم الولد لا تعتق إلا بعد وفاة	
في نكاح الاماء وأنه لا يجوز		مولاهما من نصيب ولدها	٢٦٠
للعبد وللأمة أن يعقدا لأنفسهما		في البيع وحكم ما إذا باع المالك	
إلا باذن المالك	٢٠٣	الأمة المزوجة	٢٦٣
إذا كان الأبوان رقاً كان الولد		في مسائل ثلاث (الأولى) في تزويج	
كذلك	٢١١	المالك أمته وأنه إذا زوجها ملك	
لو كان أحد الزوجين حرّاً لحق		المهر	٢٦٩
به الولد	٢١٣	(الثانية) في تزويج المالك عبده	
لو تزوج الحرّ أمة من غير إذن		بحرّة	٢٧٣
المالك	٢١٨	(الثالثة) لو باع أمته وادّعى أن	
لو عقد على المرأة لدعواها الحرّية	٢٢٢	حملها منه	٢٧٤
إذا تزوج عبده أمته	٢٢٩	في الطلاق وأنه بيد العبد أو بيد	
إذا تزوج العبد بحرّة	٢٣٢	مولاه	٢٧٥
إذا تزوج عبد بأمة لغير مولاه	٢٣٥	في أن للمولى أن يفرّق بغير	
لو تزوج أمة بين شريكين	٢٣٩	لفظ الطلاق	٢٨٠
من لواحق نكاح الاماء : العتق		هل يجمع في الملك بين المرأة	
والبيع و الطلاق	٢٤٢	وأُمّها؟ وبينها وبين أختها؟	٢٨٣
في عتق الاماء وأن لها فسخ نكاحها		إذا تزوج الرجل أمته هل يجوز	
بعد العتق	٢٤٣	النظر إليها؟	٢٨٤
لو اعتق العبد لم يكن له خيار	٢٥٠		

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٣٣١	في الجنون و الجذام	٢٨٧	في حرمة وطء الأمة قبل الاستبراء
٣٣٢	في البرص و القرن		إذا ملك أمة فأعتقها كان له العقد
٣٣٥	في الافضاء و العرج	٢٩٢	عليها و وطؤها من غير استبراء
٣٣٨	في العمى	٢٩٦	في التحليل و في صيغته
٣٣٩	الكلام في الرد بغير هذه السبعة		في أن التحليل عقد نكاح أو تمليك
٣٣١	في أحكام العيوب	٣٠١	منفعة
٣٤٣	خيار الفسخ على الفور		في جواز تحليل الأمة للمملوك
٣٤٤	الفسخ بالعيب ليس بطلاق	٣٠٤	و عدمه
	يجوز للمتعاقدين الفسخ من دون		يجب الاقتصار في التحليل على ما تناوله
٣٤٤	إذن الحاكم	٣٠٨	اللفظ
٣٤٥	إذا اختلفا في العيب	٣١١	في أن ولد المحللة حر أم لا ؟
٣٤٦	إذا فسخا بأحد العيوب السابقة	٣١٣	لابأس بوطء الأمة وفي البيت غيره
	لا يثبت العنن إلا باقرار الزوج	٣١٥	لا يشترط في التحليل تعيين المدة
٣٥٢	أو البيئته باقراره أو نكوله		ويلحق بالنكاح النظر في امور خمسة
	إذا ثبت العنن فإن صبرت فلا كلام	٣١٨	العيوب التي يرد بها النكاح
٣٥٨	وحكم ما لم تصبر	٣١٨	عيوب الرجل ثلاثة بل أربعة
٣٦١	في طرق ثبوت غير العنن	٣١٨	في الجنون
٣٦٢	في التدليس و معناه	٣٢٢	في الخصاء
	إذا تزوج امرأة على أنها حرة	٣٢٤	في العنن
٣٦٦	فبانت أمة		و هل تفسخ المرأة بالجب فيه
	إذا تزوجت المرأة برجل على	٣٢٨	تردد
٣٧٢	أنه حر فإن مملوكاً	٣٣١	عيوب المرأة سبعة

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	كل موضع حكم فيه ببطلان العقد		إذا عقد على بنت رجل على أنها
٣٨٣	فللزوجة مع الوطاء مهر المثل	٣٧٠	بنت مهيرة فكانت بنت أمة
٣٨٣	لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً		لو تزوجه بنته من مهيرة وأدخل
٣٨٣	لو غرته المكاتب بالحرية	٣٧٥	عليه بنته من الأمة
	لا يرجع المغرور بالغرامة على		إذا تزوج امرأة و شرط كونها
٣٨٥	الغار إلا بعد أن يغرم	٣٧٦	بكرأ فوجدها ثيباً
	لو انتسب إلى قبيلة فبان من	٣٧٩	إذا استمتع امرأة فبان كتابية
٣٨٥	غيرها		إذا تزوج رجلان بامرأتين فادخلت
٣٨٧	فهرس الكتاب	٣٨٠	امرأة كل واحد منهما على
			الأشهر







